الجامعة الإسلامية - غزة
عمــادة الدراســات العليـا
كليــة الشريعــة والقانون
قسم القضــاء الشرعــي

اجتهاد القاضي وفتواه
ومدى تطبيق ذلك في المحاكم الشرعية في قطاع غزة

إعداد الطالب
حمدان بن عبد الحي بن حمدان آل شراب

إشراف
فضيلة الدكتور : يونس بن محي الدين الأسطل

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستيرفي
القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة

العام الجامعي
1426هـ - 2005 م


بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا . . . ﴾ سورة الأنبياء: الآية(78، 79).

عن أبي هريرة - رضي الله عنه -، أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول:

"كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت صاحبتها إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك؛ فتحاكمتا إلى داود - عليه السلام -، فقضى به للكبرى؛ فخرجتا على سليمان بن داود - عليه السلام -، فأخبرتاه. فقال: ائتوني بالسكين أَشُقَّه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل، يرحمك الله، هو ابنها. فقضى به للصغرى"[متفق عليه].

وعن عمرو بن العاص- رضي الله عنه -، أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول:

"إذا حكمَ الحاكمُ فاجتهدَ ثم أصاب فله أجرانِ، وإذا حكمَ فاجتهد ثم أخطأ فله أجرٌ" [متفق عليه].

إهداء

إلى مصابيح الدجى ، ومنارة الأمة ، وورثة الأنبياء العلماءِ العاملين ، وطلبة العلم الشرعي .

إلى الذين فَقِهُوا أن الجهاد ذروة سنام الإسلام ، وَرَسَخَ في أذهانهم أن الدين أعظم الأشياء .

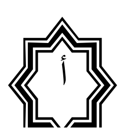
إلى من أوصاني الله ببرهما نبعِ المحبة والوفاء ، وبستان التضحية والعطاء ، اللذَيْنِ لو قدمت لهما الدنيا كلَّها بين أيديهما جزاء ما صنعا ما أوفيتهما حقهما "والدي العزيزين".

إلى التي شاطرتني رحلة الرسالة ولطالما صبرت على انشغالي ، ولم تدخر جهداً في نصحي لإتمام هذه الرسالة " زوجتي أم عبد الحي ".

إلى طفليَّ الصغيرين : عبد الحي ، وملك ، اللذَيْنِ أسأل الله أن يَقَرَّ أعيننا بهما .

إلى أجدادي ، وجداتي ، وأعمامي ، وعماتي ، وأخوالي ، وخالاتي وإخواني وأخواتي : محمد ، ويوسف ، وسالم ، وعمر ، وعيد ، وسعيد ، وأحمد ، وتميم ، ونعيم ، وزينب ، ونور ، ونجلاء ، ونرمين ، وزوجيهما : خضر ، ومحمد ، وأبنائهم ، وأخص منهم بالذكر أخي يوسف الذي تكبد معي عناء كتابه الرسالة وطباعتها .

إلى الجامعة الإسلامية منارة العلم والعلماء . . . **أهدي بحثي هذا .**





﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ [1].

الحمد لله أولاً وآخراً، وأثني عليه الخير كله، الذي وفقني لإتمام بحثي هذا، ولـــولا توفيقه جلّ وعلا لما خرج هذا البحث إلى النور، فهو أهل للشكر والثناء، وإن مِنْ مَنّـــهِ عليّ أن هيأ لي من الأساتذة، والأهل والأحبة، من آزرني في مشوار بحثي هذا.

ووقوفاً عند قول النبي- ﷺ - فيما رواه عنه أبو سعيد الخدري- ﷺ -:" **مـــن لم يشكر الناس لم يشكر الله** " [2].

وكذلك ما رواه ابن عمر - ﷺ - مرفوعاً: " **من صنع إليكم معروفاً فكـــافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه؛ فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه** " [3].

فإن الواجب يدفعني أن أخص بالذكر بعد الله - ﷻ - الـــشيخ المجاهـــد معلمـــي وأستاذي المشرف على رسالتي

فضيلة الدكتور/ يونس بن محي الدين الأسطل

فقد تجشم معي عناء البحث، ولم يدخر جهداً في مساعدتي وتقديم العون العلمـــي والمعنوي لي، فكان نعم الأستاذ، فجزاه الله عني كل خير.

كما وأتقدم بالشكر والعرفان لأستاذيّ الكريمين عُضْوَيْ لجنة المناقشة: -

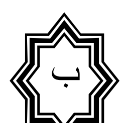
- **فضيلة الدكتور/ مازن بن إسماعيل آل هنية ،،، حفظه الله**
- **وفضيلة الدكتور/ سامي بن محمد أبو عرجة ،،، حفظه الله**

على ما بذلاه من جهد في قراءة بحثي وتصويبه وتنقيحه، ليخرج في أبهـــى حُلَّـــة، فجزاهم الله عني، وعن طلبة العلم وعن أمة الإسلام خير الجزاء.

1- سورة إبراهيم : الآية (7).

2- الترمذي: السنن (كتاب البر (35) باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك)، (ح 1955)، وقال حسن صحيح .

3- أبو داود: السنن(كتاب الزكاة (39) باب عطية من سأل الله)، (ح 1672)، صححه الألباني، (ح 6021)، صحيح أبا داود.



ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بخالص الشكر والعرفان، إلى جـــامعتي العزيـــزة، الجامعة الإسلامية، وعلى رأسها الرئيس السابق للجامعة **سعـــادة الأستاذ الدكتور/ محمد بن عيد آل شبير** سابقاً، **وسعادة الدكتور/ كمالين آل شعث** رئيس الجامعة حالياً.

وأخص كلية الشريعة بخالص شكري وتقديري واحترامي، ممثلة في عميدها **فضيلة الدكتور/ أحمد بن ذياب آل شويدح**، وأعضاء الهيئة التدريسية جميعاً؛ فجـــزاهم الله عني خيراً كثيراً.

كمـــا أرفـــع برقيـــات الشكر والثنـــاء إلى عمـــــادة الدراســـــات العليـــــا وعميدها **فضيلة الأستاذ الدكتور/ مازن بن إسماعيل آل هنية.**

وكذلك أزجي امتناني وتقديري إلى **فضيلة الشيخ/ إحسان بن إبراهيم آل عاشور مفتي محافظة خان يونس**، وإلى جميع الإخوة العاملين في دور الفتوى، **وعلى رأســـهم سماحـــة الشيخ الدكتور/ عكرمة بن سعيد آل صبري.**

كما وأتقدم بالشكر والثناء لكل العاملين في سلك القضاء بالمحاكم الشرعية ، على جميع درجاتها، على ما بذلوه لي من نصح وإرشاد.

وجزى الله كل الأصـــدقاء والأحبـــة الذين وقفوا بجانبي وشجعوني، خير الجزاء.

كما لا يسعني إلا أن أهدي خالص الشكر والامتنان إلى جمعية دار الكتاب والسنة، التي لم تَأْلُ جهداً في تقديم يد العون والبذل والعطاء لي فيما يتعلق بتوفير كثير من الكتب والمراجع، إدارة، وأعضاء، وعاملين، كما وأشكر كل من أحسن إلي وفاتني التنبيه إليه.

المقدمة

أولاً: توطئة: -

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهدِ الله فلا مضلَّ له، ومن يضللْ فلا هاديَ له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾[1].

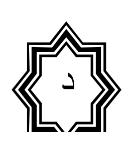
وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً ﴾[2]

وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً * يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً ﴾[3].

أما بعد: -

فإن تعلم القضاء، وما يتفرع عنه من فقه في أدب القضاء والقاضي، يُعَدُّ من أعظم القربات، وأجل العلوم وأهمها؛ لأنه وظيفة الرسل والأنبياء، وبه يتوصل القاضي إلى القضاء بالحق والعدل، وقد أمر الله سبحانه وتعالى أن يُحْكَم بالعدل؛ فقال: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾[4].

1- سورة آل عمران: الآية (102).
2- سورة النساء: الآية (1).
3- سورة الأحزاب: الآية (70 ، 71) .
4- سورة النساء: الآية (58) .
.



وقال تعالى: ﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ [1] .

وهما صريحتان في وجوب العدل عند الحكم بين الناس، وأن هذا العدل هو فيما أنزل الله، لا في اتباع الأهواء .

فعن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال، قال رسول الله - ﷺ - : " **إن المقسطين عند اللهِ على منابرَ منَ نورٍ عن يمين الرحمن عز وجلَّ. وكلتا يديه يمينٌ؛ الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما وَلُوا** " [2].

حيث عَدَّ الذين يعدلون في حكمهم من المقسطين، والحكم بالقسط واجب؛ لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ﴾ [3] .

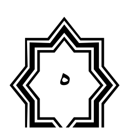
هذا؛ وقد تولى رسول الله - ﷺ - القضاء بنفسه، بالإضافة إلى الولايات الأخرى، مطبقاً ما يوحى إليه من ربه، وقد كان - ﷺ - يقضي باجتهاده فيما لم يُوحَ إليه فيه شيء، وكان لا يعجل بذلك؛ ولكن ينتظر الوحي؛ فإذا انقطع طمعه في الوحي قضى باجتهاده، وقد سار الصحابة ومن تبعهم على سيرته - ﷺ -، واجتهد العلماء من بعدهم في حلِّ كلِّ المسائل والمعضلات منذ عهد الإسلام الأول، وحتى يومنا هذا، مسترشدين بما رواه عمرو بن العاص - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - أنه قال: " **إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر** " [4].

1- سورة المائدة : الآية (49).

2- مسلم : الصحيح ، (33) كتاب الإمارة، (5) باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال المشقة عليهم ، ح (18 - 1827).

3- سورة المائدة : الآية (42) .

4- البخاري : الصحيح (96) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، (21) باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (ح 7352) ، مسلم : الصحيح (30) كتاب الأقضية، (6) باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، (ح 15، 1716) .



حيث رغَّب في الاجتهاد حتى في الحكم مبشراً من اجتهد بالأجر أصاب أم أخطأ.

ولكن تطورَ الحياة وتعقيداتِها، ومستحدثاتِ الأمور ومستجداتِها، وضعفَ الأهلية والاتجاه إلى التقليد، والتعصب المذهبي، جعل المنتسبين إلى العلم يقدسون اجتهاد أئمتهم السابقين تقديس النصوص، وقد توقف الاجتهاد خاصة للقضاة في المحاكم الشرعية، وهم يطبقون شرع الله وحدوده، مما جعل القضاء يحتاج إلى إعادة النظر أكثر من أيّ وقتٍ مضى، خاصة في عصرنا الحاضر، عصر التقنيات الحديثة المتطورة ، والمعطيات العلمية التي وفرت الكثير من الجهد والوقت والتفكير، مما يمهد للقضاة طرق الاجتهاد، لكن هذه الطرق قد تحولت مع توقف الاجتهاد والنظر للمستجدات إلى فلسفات مجردة عقيمة عن توليد أحكام شرعية مسايرة لهذا التطور المعاصر، فكان لا بُدَّ من إعداد القضاة المجتهدين الذين يتعاملون مع المتغيرات والمستحدثات بأساليبَ جديدةٍ قائمة على الاجتهاد المبني على الأصول والفتوى الخالية عن الأهواء، القائمة على التفكير والقراءة والاستنتاج والبرهان، فتتحقق بذلك الغايات السامية من هذا الدين في الحكم بما أنزل الله.

ثانياً : طبيعة الموضوع :

يدور الحديث في هذا الموضوع حول اجتهاد القاضي وفتواه ، **وذلك من ناحيتين:**

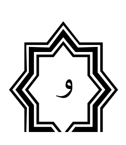
الأولي : الدراسة النظرية : وفيها يتم عرض الموضوع من الناحية الفقهية، مع ذكر أقوال العلماء، وأدلتهم، والآثار المترتبة على ذلك، وكل ما يتعلق بالجوانب الفقهية ذات الاختصاص، وهذه تمثل الجانب الأكبر في البحث .

الثانية : الدراسة التطبيقية : وذلك من خلال زيارة المحاكم الشرعية، والنظر في القضايا التي يجتهد فيها القاضي، ومدى صلاحية القاضي في مجال الإفتاء .

ثالثاً : أهمية الموضوع :

تظهر أهمية الموضوع في النقاط التالية :

1- إن موضوع اجتهاد القاضي وفتواه يحتاج منا إلى العمل على إيجاد القضاة الذين



يوثق بعلمهم وفتواهم؛ بحيث يسلكون في قضائهم مسلك الدقة والصواب، ويتحاشـون الانغماس في الأهواء أو الأخطاء .

2- غرس الثقة في نفوس الناس بنـزاهة القضاء الإسلامي لوجود القضاة المجتهـدين الذين لا يُشَكُّ في علمهم وقضائهم .

3- إن القاضي لا يُصْدِرُ حكماً إلا بعد النظر والسؤال، وتتبع القرائن بالاجتـهاد؛ لأنه يعلم أنه مُوَقِّعٌ عن الله عز وجل .

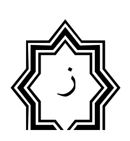
رابعاً : أسباب اختيار الموضوع :

تكمن أسباب اختيار الموضوع في البنود التالية :

1- طرأت فكرة الكتابة في هذا الموضوع أثناء دراستي لمادة أصول المحاكمات مـع **فضيلة الدكتور القاضي/ حسن بن علي الجُوجُو**، حيث أشار علينا نحن – **طلبة القضاء الشرعي** – بالكتابة في هذا الموضوع، ومما دعاني إلى الكتابة فيه هو دراستي لمادة المقاصد؛ **حيث قام فضيلة الدكتور/ مازن بن إسماعيل آل هَنِيَّة**، رئيس لجنة الإفتاء يومها بتكليف الطلاب بكتابة الأبحاث استكمالاً للمساق المقرر، فعرض علينا أن نكتب في موضـوع (**الفتوى تشديداً وتسهيلاً**)، فوجدت أن هذا الموضوع يحتاج إلى جهـد بالإضـافة إلى ارتباطه بالقضاء .

2- إن الكثير من القرائن تشير إلى وشوك انتصار الأمة الإسلامية، وهذا يُلقي تبعـة كبيرة في وجوب تجديد الاجتهاد، وتنشيط الفتوى، خاصة فيما يتعلق بالقضاء؛ لأن قوة الخلافة من قوة القضاء ونزاهته.

3- إن القوانين السارية المفعول في المحاكم الشرعية قد صِيغَت في ظروف سـابقة، وإن الأخذ بحرفيتها قد يوقع القاضي والمتخاصمين في الحرج أحيانا؛ لذا لـزم تعريـف القاضي بحدود صلاحيته في الاجتهاد عندما يكون تطبيق النصوص القانونيـة موقعـاً في الضيق والمشقة، كما أن الفتوى المبنية على الأعراف والمصالح تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة



والأحوال والعادات والبيئات والنيات، كما يقول الأصوليون.

4- كما أن تلك القوانين قد أُخذت غالباً من الفقه المذهبي، ورُوحُ الدراسات الفقهية اليوم قائمة على الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية، والمدارس الأصولية.

ومن هنا كان الواجب يقتضي الاجتهاد في القوانين المعمول بها في المحاكم ؛ لإجراء تعديلاتٍ عليها، حينما تكون الاجتهادات الفقهية الأخرى أكثرَ مرونة وتيسيراً أو تحقيقاً لمصالح العباد من الفقه المذهبي، وما يُقال في الاجتهاد يُقال في الإفتاء، لأن الإفتاء ثمرة من ثمار الاجتهاد.

5- وبعد البحث والتحري في بعض المصنفات المطبوعة، وبعض الرسائل العلمية، لم أعثر على مصنف تناول هذا الموضوع بصورة متكاملة، أو أفرده بالبحث والتدوين، فأحببتُ أن أَسُدَّ ثغرة في المكتبة الإسلامية، وفي فقه القضاء على وجه التحديد، إسهاماً في معركة التجديد الضرورية بين الحين والآخر.

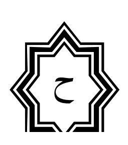
خامساً : الجهود السابقة.

بعد السؤال والاطلاع والبحث والتنقيب في الكتب لم أجدْ أحداً تناول هذا الموضوع بشكل خاص، أو أفرد له كتاباً مستقلاً تحت هذا العنوان، وهو اجتهاد القاضي وفتواه، والناظر في كتب الفقه يلوحُ له أنها تناولت الحديث عن اجتهاد القاضي وفتواه بصورةٍ متناثرة ومختلفة في بطون الكتب، فضلاً عن قلة القِرَان بين التأصيل والتطبيق في أغلب الجوانب.

سادساً : منهج البحث.

يمكن إبراز المنهج الذي اتبعته أثناء كتابة البحث من خلال النقاط الآتية :-

1- حرصتُ على تتبع المسائل الفقهية في مظانها من كتب المذاهب الفقهية الأربعة، وأحياناً أقتفيها في كتب المذهب الظاهري.



2- تتبعت في كل قول ما تندفع به الحاجة من أدلة أصحابه، مبيناً وجه الدلالة منه، ومناقشاً له إذا دعت الحاجة لذلك.

3- عزوت الآيات القرآنية إلى سورها، مع ذكر أرقام الآيات.

4-خرجت الأحاديث الشريفة من مظانها، فما كان منها في الصحيحين كفاني عناء البحث في غيرهما، وإلا بحثت عنه عند أصحاب السنن والمسانيد، متتبعاً في ذلك ذكر رقم الكتاب، ورقم الباب، ورقم الحديث للدلالة عليه إذا وجد.

5- بَيَّنْتُ معانيَ الكلمات المبهمة والمصطلحات الفقهية بالرجوع إلى المعاجم اللغوية، أو كتب الشروح.

6- وثقتُ المصادر والمراجع في الحواشي مبتدئاً بالمؤلف، ثم اسم الكتاب دون ترجمة لهما، لتحاشي الحشو، ومكتفياً بالتوثيق الكامل لها في فهرس البحث.

7- ترجمت للأعلام التي وردت أسماؤهم في البحث مقتصراً على من ظننته مغموراً منهم.

8- بذلت ما أملك من جهد متواضع للترجيح في المسائل الفقهية، فإن أصبت فبفضل الله وتوفيقه ونعمته، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

سابعاً : خطة البحث:-

تتألف خطة البحث من مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة :-

المقدمة : وتشتمل على توطئة، ثم طبيعة الموضوع، وأهميته، وأسباب اختياره، والجهود السابقة، ومنهج البحث.

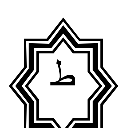
الفصل الأول
القضاء والاجتهاد والإفتاء مشروعيةً وشروطاً

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: مشروعية القضاء، ونبذة عن أحكام القاضي.

وفيه ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: القضاء لغة، واصطلاحاً.



المطلب الثاني: مشروعية القضاء، وحكم توليه.

المطلب الثالث: شروط القاضي، وصلاحياته .

المبحث الثاني: تعريف الاجتهاد وحكمه، وتجزؤه، وشروط المجتهد، ومراتبه.

وفيه خمسة مطالب:-

المطلب الأول: معني الاجتهاد لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حكم الاجتهاد.

المطلب الثالث: شروط المجتهد .

المطلب الرابع: مراتب المجتهدين.

المطلب الخامس: تجزؤ الاجتهاد.

المبحث الثالث:تعريف الفتوى، وحكمها، وشروط المفتي، ومراتبه.

وفيه ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: الفتوى لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حكم الإفتاء.

المطلب الثالث: شروط المفتي، ومراتبه.

الفصل الثاني
حكم اجتهاد القاضي، ونقضه، وتقييده فقهاً، وتطبيقاً

وفيه أربعة مباحث:-

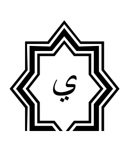
المبحث الأول: حكم اجتهاد القاضي، وضمانه.

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول: حكم اجتهاد القاضي.

المطلب الثاني: ضمان القاضي .

المبحث الثاني: نقض اجتهاد القاضي.



وفيه مطلبان:-

المطلب الأول: نقض اجتهاد القاضي المخالف للأصول.

المطلب الثاني: نقض اجتهاد القاضي باجتهاد قاضٍ آخر.

المبحث الثالث: تقييد القاضي في الاجتهاد.

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول: تقييد القاضي بمذهب معين.

المطلب الثاني: أثر تقنين الأحكام الشرعية على القاضي.

المبحث الرابع: مدى تطبيق الاجتهاد في المحاكم الشرعية في قطاع غزة.

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول: الاجتهاد في النص القانوني.

المطلب الثاني: التعميمات والقرارات الواردة على النص القانوني، وإلزامية العمل بها.

الفصل الثالث
فتوى القاضي فقهاً وتطبيقاً

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: الوفاق، والافتراق بين القضاء، والإفتاء.

وفيه مطلبان:-

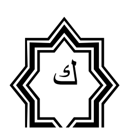
المطلب الأول: أوجه الوفاق بين القضاء، والإفتاء .

المطلب الثاني: أوجه الافتراق بين القضاء، والإفتاء .

المبحث الثاني : القاضي والفتوى.

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول: فتوى القاضي.



المطلب الثاني: أمثلة على تصرفات القاضي التي ليست بأحكام، وهي تعامل معاملة الفتوى.

المبحث الثالث: مدى تطبيق الإفتاء في المحاكم الشرعية في قطاع غزة.

وفيه مطلبان:-

المطلب الأول: استفتاء القاضي غيره عند الحاجة.

المطلب الثاني: نبذة عن الإفتاء المعاصر في قطاع غزة.

خاتمة البحث:-

وفيها أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات وملحق.

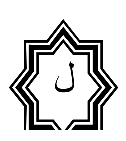
ثامناً: الفهارس العامة:-

- فهرس الآيات.
- فهرس الأحاديث.
- فهرس الآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المراجع.
- فهرس الموضوعات.

وأخيراً: أقدم هذا الجهد المتواضع لأساتذتي الأفاضل ليتكرموا بمناقشة هذا البحث والتنقيب عن دفائنه، وتقويم اعوجاجه؛ حتى يكون أقسط عند الله، وأقوم للشهادة، وأدنى للسداد، ولا أدعي العصمة والكمال، وأقر سلفاً بعجزي وقصوري، فإنْ أصبتُ فمن الله تعالى، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان، والله أسأل العفو والعافية، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

وفقنا الله وإياكم لما يحبه ويرضاه، وصلى الله على سيدنا محمد - ﷺ -،

وعلى آله وصحبه وسلم.



المبحث الأول

مشروعية القضاء ونبذة عن أحكام القاضي

تدور رحىٰ هذا المبحث حول حقيقة القضاء، وبيان مشروعيته، وحكم توليه، وشـروط القاضي، وصلاحياته، وذلك من خلال **المطالب الثلاثة الآتية**:-

المطلب الأول

القضاء لغة واصطلاحاً

يتناول هذا المطلب تعريف القضاء عند أهل اللغة والاصطلاح، على النحو التالي:

أولاً: القضاء عند أهل اللغة:-

القضاء ممدود ومقصور: مصدر قضىٰ عليه قضاءً وقَضْياً، ورجـل قَـضِيّ، سـريع القضاء، واستُقْضِيَ: صار قاضياً، والقضاء اسم مفرد جمعه أقضية، وقضايا .

وقد أوردت المعاجم اللغوية [1] عدة معانٍ لكلمة القضاء ومشتقاتها؛ منها:

1- تستعمل كلمة القضاء في العربية في معانٍ كثيرة، منها الحكم، والفصل، والفـراغ مـن عمـل، والإتمـام والإكمال، والموت، والقتل، وأداء مسؤولية، وإبلاغ أمر إلى أحد، وصنع شئ بإحكام، والتقدير، والعهد والإيـصاء، والإرادة، والإعلام، والخلق، وما إلى ذلك.

يقال: قضيت حاجتي أي فرغت؛ قال الله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً ﴾ الأحـزاب: آيـة (37) ،أي طلقها زيدٌ، وفرغ من حاجته منها.

وقضيت ديني: بمعنىٰ أديته ،ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ ﴾ الجمعة آية(10)، أي أُديت وفُرغ منها

وبمعنى الإبلاغ: قال تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرائيلَ فِي الْكِتَاب ﴾ الإسراء آية(4) ، أي أبلغناهم، وأوحينـا إليهم بما سيقع منهم من الإفساد مرتين، وبمعنى القتل؛ قال الله تعالى: ﴿ فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ ﴾ القصص آيـة(15)، أي قتله.

وبمعنى الصنع والتقدير؛ قال الله تعالى: ﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾ فصلت آيـة (12) ، أي حكـم وأبدع خلقهن.

انظر: مادة (قضىٰ)عند ابن منظور: لسان العرب (209/11)، الكفوي: الكليات (ص:705)، الرازي: مختار الصحاح (ص:294)، ابراهيم انيس وآخرين: المعجم الوسيط (ص:777).



1- **الأمر:** نحو قوله تعالى: ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ... ﴾ [1]، أيْ أمر سبحانه بعبادته وحده، وأن لا يُعبد غيره تعالى؛ لأن العبادة غاية التعظيم؛ ودليل ذلك قوله تعالى:﴿... أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ...﴾ [2].

ولا يصحُّ أن يكون(قضى) هنا بمعنى قَدَّر وعلم، وإلا لما تخلَّف أحدٌ عن عبادته؛ لأن ما قدَّره تعالى وعلمه لا يتخلف [3]، ومن هنا كان بمعنى (أمر)؛ كما صرحت به الآية الثانية على لسان سيدنا يوسف - عليه السلام -.

2- **الوجوب والوقوع** [4] : نحو قوله تعالى:﴿... قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾ [5] أي وقع وتمَّ، وهو ما يؤول إليه حالُ صَاحِبَيْ يوسف في السجن، حسب تأويل رؤياهما؛ من نجاة أحدهما، وهلاك الآخر [6].

وقوله تعالى: ﴿ وَقَالَ الشَّيْطَانُ لَمَّا قُضِيَ الْأَمْرُ إِنَّ اللَّهَ وَعَدَكُمْ وَعْدَ الْحَقِّ وَوَعَدْتُكُمْ فَأَخْلَفْتُكُمْ.... ﴾ [7] أي وجب الحساب، وفُرغ منه، ودخل أهل الجنةِ الجنةَ، وأهل النارِ النارَ، يقوم إبليس خطيباً في محفل الأشقياء من الثقلين في النار [8].

1- سورة الإسراء: الآية (23).

2- سورة يوسف: الآية (40).

3- الرافعي: العزيز شرح الوجيز (12 / 405).

4- إن الوجوب يأتي بمعنى الوقوع في اللغة،ومنه قوله تعالى: ﴿ ...فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا ... ﴾ الحج آية(36)، أي إذا نحرتم البدن واقفة على ثلاثة أرجل، فانتظروا حتى تقع جنوبها على الأرض، ثم تموت وتبرد حركتها لجواز سلخها وأكلها.

انظر ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (3 / 222).

5- سورة يوسف: الآية (41).

6- الألوسي: روح المعاني (6 / 436).

7- سورة إبراهيم: الآية (22).

8- الألوسي: روح المعاني (7 / 196).

3- **الفصل:** نحو قوله تعالى: ﴿ قُل لَّوْ أَنَّ عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ لَقُضِيَ الْأَمْرُ بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالظَّالِمِينَ ﴾ (1)، أي من العذاب؛ فإنهم كانوا لفرط تكذيبهم يستعجلون نزوله استهزاءً، ولو كان باستطاعتي إنزاله بكم لأنزلته؛ حتى ينقضي الأمر ويفصل (2).

ومنه قوله تعالى: ﴿ ... وَقُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ ... ﴾ (3)، أي فُصِلَ بين العباد كلِّهم؛ بإدخال أهل الجنة الجنة، وأهل النار النار (4).

4- **الحكم:** نحو قضيت عليك بكذا؛ أيْ حكمتُ عليك.

ثانياً: القضاء عند أهل الاصطلاح.

للقضاء في اصطلاح الفقهاء تعريفات كثيرة، تختلف باختلاف المذاهب، بل واختلاف الفقهاء في المذهب الواحد، لكنها وإنْ بدتْ مختلفة؛ إلا أنها متفقة في الحقيقة، واختلافها ينصبُّ على ما أظهره كلُّ تعريف، أو أخفاه من معانٍ.

وهي كما يلي:

أ- **عند الحنفية:** القضاء (إنهاء الخصومات، وقطع المنازعات، على وجه خاص) (5).

ب- و**عند المالكية** :(الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام) (6).

ج- و**عند الشافعية** :(إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه) (7).

د- و**عند الحنابلة** :(تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات) (8).

1- سورة الأنعام: الآية (58).
2- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (3 / 283).
3- سورة الزمر: الآية (75).
4- انظر: الألوسي: روح المعاني (12 / 290).
5- ابن عابدين: حاشية رد المحتار (5 / 352).
6- ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 / 12).
7- الشربيني: مغني المحتاج (6 / 257).
8- البهوتي: شرح منتهى الإرادات (3 / 485).

وباستعراض التعريفات السابقة نجد أنه لا بد للقضاء من أمور أربعة: -

1- بيان الحكم وإظهاره، سواء أكان ذلك بالقول، أم بالكتابة، أم بالإشارة، أم بالفعل؛ فإن الفقهاء في تعريفهم للقضاء قد استخدموا عبارات(إنهاء، حكم، إخبار، إظهار، بيان) وذلك للوصول إلى الحكم وإظهاره.

2- الحكم الشرعي: وهو المستند إلى دليل من كتاب الله، أو سنة رسوله - ﷺ -.

3- الإلزام بالحكم الشرعي.

4- القضية المتنازع فيها، والواقعة المراد الحكم فيها.

تلك هي العناصر التي ينبغي إظهارها في تعريف القضاء، كفعل يقوم به القاضي، وبناء على ما تقدم نخلص بهذا التعريف الذي بُنِيَ على العناصر التي لا بد منها في القضاء، كما استُخْلِصَتْ من التعريفات السابقة:

التعريف المختار:

أميل إلى اختيار تعريف يجمع بين أهم المفردات الدالة على المعنى المراد من التعريفات السابقة، **وذلك كما يلي: -**

القضاء هو:(بيان الحكم الشرعي، والإلزام به؛ لفصل الخصومات على وجه مخصوص).

محترزات التعريف:

(بيان الحكم الشرعي)قيد في التعريف خرج به ما ليس بحكم شرعي، والحكم الشرعي هو الحكم القائم على الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والاجتهاد.

(**والإلزام به**) المراد به أن يكون الحكم على سبيل الحتم الواجب التنفيذ، وإلا لما حصل الفصل بين الخصوم، ولكان هذا إفتاءً لا قضاءً .

(**لفصل الخصومات**) وذلك لأن المنازعات تستلزم وجود خصمين فأكثر للحكم فيها، ليخرج بذلك الاحكام الشرعية كالحكم في العبادات أو المعاملات.

(**على وجه مخصوص**) أريد به كيفية رفع الدعوى إلى القاضي، والطرق والضوابط

التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضي في مجلس القضاء.

ثالثاً: وجه الارتباط بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي:

نخلص من خلال المعاني اللغوية للقضاء، والتعريف الاصطلاحيِّ الذي تَمَّ استنتاجه وارتضاؤه؛ إلى أنها مرتبطة ارتباطاً متيناً بعضها ببعض، فقد ضمَّ المعنى اللغوي أربعة معانٍ، **هي:** الأمر، والوجوب أو الوقوع، والفصل، والحكم، وهي ذات علاقة وطيدة بالمعنى الاصطلاحي الذي ينص على كلٍّ من بيان الحكم الشرعي، والإلزام به، لفصل الخصومات على وجه مخصوص، فالقاضي يستخرج حكماً ما من خلال خصومة تعرض عليه، وإنَّ حكمه يكون لازماً للفصل بين الخصوم، ومن ثَّم يكون قطع النزاع، وإنهاء الخلاف على وجه مخصوص.

وهذا المعنى هو الذي أشار إليه أبو البقاء، وهو يعلق على المعاني المختلفة للقضاء بقوله:" **القضاء موضوعٌ للقدر المشترك بين هذه المفهومات، وهو انقطاع الشئ ونهايته "** [1] فالقضاء حكم فيه إلزام، ومنع من الطغيان؛ لذا يقال حَكَمَةُ اللجام [2]؛ وذلك لمنعها الدابة من الجموح.

رابعاً: الألفاظ ذات الصلة بالقضاء :

هناك ألفاظ مرتبطة بمفهوم القضاء، أشهرها أربعة، وهي على النحو التالي:-

1- **الفتوىٰ :** فالقضاء يكون على الإلزام، والفتوى من غير إلزام، فهما يجتمعان في إظهار حكم الشرع في الواقعة، ويمتاز القضاء عن الفتوى بالإلزام [3].

2- **التحكيم:** حيث إن القضاء من الولايات العامة، والتحكيم تولية خاصة من

1- الكفوي : الكليات (ص : 705).

2- حَكَمَةُ اللجام : حديدته التي تكون في فم الفرس، ويتصل به العذارُ وهو السير الذي على خدها من اللجام ويطلق العذار على الرسن.

انظر: إبراهيم انيس وآخرين: المعجم الوسيط مادة (حكم)، (ص / 212) ، الفيومي: المصباح المنير، مادة (عذر)، (ص : 207).

3- انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (3 / 485)، البهوتي: كشاف القناع (6 / 299).

الخصمين، فهو فرع من فروع القضاء، لكنه أدنى درجة منه [1].

3- **الحسبة** [2]: الصلة بين الحسبة والقضاء أنهما يتفقان في أن لكل من المحتسب والقاضي نظرَ أنواعٍ مخصوصة من الدعاوٰى، وهي التي تتعلق بمنكر ظاهر؛ من بخسٍ أو تطفيفٍ في الكيل أو الوزن، وغش البيع، أو تدليس فيه، أو في ثمنه، والمطل في أداء الدين مع مكنة الوفاء.

وتقصر الحسبة عن القضاء بالنسبة لسماع عموم الدعاوى الخارجة عن ظواهر المنكرات، وكذلك ما يدخله التجاحد والتناكر، فلا يجوز للمحتسب النظر فيها؛ إذ ليس له أن يسمع بينة على إثبات الحق، أو يحلّف يميناً على نفيه.

وتزيد الحسبة عن القضاء في أنّ المحتسب ينظر في وجوه ما يعرض له من الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وإن لم يحضره خصم يستعديه بخلاف القاضي، كما أن للمحتسب -بما له من قوة السلطة والرهبة فيما يتعلق بالمنكرات- أن يظهر الغلظة والقوة، ولا يعتبر ذلك منه تجاوزاً ولا خرقاً لولايته، أما القضاء فهو موضوع للمناصفة، فهو بالوقار والأناة أخص [3].

4- **ولاية المظالم:** والي المظالم له من النظر ما للقضاة، وهو أوسع منهم مجالاً، وأعلى رتبة؛ إذ النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة من المظالم التي يرتكبها الحكام والولاة، وهي ولاية ممتزجة من سطوة السلطة، ونصفة القضاء [4].

1- ابن عابدين: حاشية رد المحتار (5 / 428).

2- الحِسْبَة: بكسر الحاء وتسكين السين، وفعل الشئ حسبة أي لم يأخذ عليه آجراً مبتغياً الثواب من الله، وهي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، قلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص : 179).

3- انظر: الماوردي: الأحكام السلطانية(ص : 393)، الفراء: الأحكام السلطانية (286).

4- انظر: الماوردي: الأحكام السلطانية(ص : 156)، الفراء: الأحكام السلطانية (ص : 79) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 : 15).

المطلب الثاني

مشروعية القضاء، وحكم توليه

أتناول في هذا المطلب بيان مشروعية القضاء، وحكم توليه، وطلبه، **وذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية:-**

الفرع الأول: مشروعية القضاء :-

ثبتت مشروعية القضاء بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول[1]، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: الكتاب:-

هناك آياتٍ كثيرةً توجب القضاء بين الناس بالحق؛ منها ما كان في الشرائع السابقة، ومنها ما كان في شريعة نبينا محمدٍ - ﷺ - وهي كالاتي:-

(أ) ما كان في الشرائع السابقة :

1 -**قال تعالى:**﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ ، فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ، وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾[2].

وجه الدلالة :

إن الله- ﷻ - جعل من مهمة داود- ؑ - الحكم بين الناس بالعدل، ونـهاه عن الحكم بالهوى، وَبيَّن له مغبة ذلك[3]، فاقتضى مشروعية القضاء بالعدل.

2- وقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ ، وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ ؛ لِيَقُومَ النَّاسُ

1- انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (3/7)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (12/1)، الشربيني: مغني المحتاج (257/6)، الأسيوطي: جواهر العقود (280/2)، ابن قدامة: المغني (5/14)، الفضيلات: القضاء في الإسلام(ص/17).

2- سورة ص: الآية (26).

3-انظر: الشوكاني: فتح القدير (492/4).

بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴾ [1].

وجه الدلالة :

أخبر سبحانه تعالى بأنه أرسل رسله بالشرائع والنظم التي تنظم للناس حياتهم، وجعل رسله -عليهم الصلاة والسلام- هم الحاكمين بهذه الشرائع، القاضين بها، وجعل معهم القوة التي تحمي الحق وتنفذه، وهو ما جاء في تتمة الآية: ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ...﴾ [2].

فهو إشارة صريحة إلى أن الكتب والموازين غير كافية في إنفاذ الحق؛ بل لا بد من قوةٍ تردع مَنْ تُسوِّل له نفسه التمرد أو العصيان، وعدم الخضوع للحق [3].

فدلَّ هذا على لزوم القضاء، وفضِّ الخصومات، ولو بالقوة؛ مثلما قال سبحانه: ﴿...فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ... ﴾ [4].

3- وقوله تعالى: ﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً [5]، فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ، وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ ؛ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ﴾ [6].

1- سورة الحديد: الآية (25).

2- سورة الحديد: الآية (25).

3- انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن(9 / 215 ، 216)، الشوكاني:فتح القدير (5 / 205 ، 206).

4- الحجرات: الآية (9).

5- قوله تعالى: ﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً﴾ يخبر سبحانه وتعالى أن الناس كانوا أمة واحدة على دينٍ واحد، وملةٍ واحدةٍ، وكان الدين الذي كانوا عليه دينَ الحق؛ فاختلفوا في دينهم، فبعث الله عند اختلافهم في دينهم النبيين مبشرين ومنذرين. انظر الطبري: التفسير (1 / 574).

6- سورة البقرة : الآية (213) .

وجه الدلالة :

كان من حكمة الله تعالى وفضله ورحمته إرسالُ الرسل والأنبياء؛ ليقودوا الفطرة والعقل البشرى إلى ما هو خير للناس في الدنيا والآخرة، قبل فوات الأوان، والوقوع في العثرات، وانتظار ما تُسْفر عنه التجارب والنظريات، لإقرار الحق والعدل دون التأثر برعاية مصلحة خاصة [1].

فدلَّ ذلك على وجوب إقامة القضاء بين الناس للحكم فيما اختلفوا فيه، أداءً للحقوق، ومنعاً للتنازع المفضي إلى الفشل، وذهاب الريح، وفساد ذات البين.

(ب) ما كان في الشريعة الإسلامية الخاتمة :

دل على مشروعية القضاء العديد من الآيات، أكتفي منها بقبضةٍ توازي أصابع اليد الواحدة.

1- قال تعالى:﴿ ...وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾ [2].

2- وقال تعالى:﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً ﴾ [3].

وجه الدلالة من الآيتين:-

إنه سبحانه وتعالى أمر رسوله الكريم - ﷺ - بالحكم بين الناس بالعدل، وأمر جماعة المسلمين بالاحتكام إليه في خصوماتهم، وقبول حكمه، والإذعان له، وعدم التبرم بقضائه؛ بل يجب التسليم به، والرضا بمضمونه، ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين،

1- انظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (1 / 250)، وهبة الزحيلي: التفسير المنير (2 / 250).
2- سورة النساء: الآية (58).
3- سورة النساء: الآية (65).

فكان هذا من أقوى الأدلة على مشروعية القضاء ووجوبه [1].

3- وقال تعالى: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾ [2].

4- وقال تعالى: ﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ، وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ (49) أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ، وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْماً لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾... [3].

وجه الدلالة من الآيتين:-

إن الله عز وجل أمر رسوله محمداً - ﷺ -، والأمة من بعده -ﷺ-بإقامة صرح العدل، والسهر على أمن الأمة، ورعاية مصالحها، وحَذَّره من اتباع الهوى، والميل لغير الحق، فهو - ﷺ - القدوة لهذه الأمة [4] فدلَّ على مشروعية القضاء.

5- وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالاً مُبِيناً ﴾ [5].

وجه الدلالة :-

إنه ليس لأي مؤمن أو مؤمنة إذا حكم الله ورسوله - ﷺ - بأمر أن يختاروا أمراً آخر؛ وإنما عليهم الامتثال لأمر الله سبحانه وتعالى، وأَمْرِ رسوله - ﷺ -، وتَجَنُّبُ معصيته.

إنَّ مُبلغ الأمر هو رسول الله - ﷺ -؛ فإذا قضى الرسول - ﷺ - بأمرٍ لم يكن لبشرٍ اختيار غيره [6]، فدل هذا على مشروعية القضاء.

1- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (1 / 516، 520).
2- سورة النساء: الآية (105).
3- سورة المائدة: الآيتان (49 ، 50).
4- انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن(3 / 327)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم(1 / 550)، (2 / 66).
5- سورة الأحزاب: الآية (36).
6- انظر: وهبة الزحيلي: تفسير المنير (22 / 28).

ثانياً: السنة:

ثبتت مشروعية القضاء بأحاديثَ كثيرةٍ، تمتاز بأنها تطبيق للقرآن الكريم، وتنفيذ عملي للقضاء والحكم في الإسلام.

إن الاستدلال بالسنة يقوم على الأحاديث القولية التي بَيَّنَهَا رسول الله - ﷺ - في مشروعية القضاء، كما يقوم على الأحاديث الفعلية، بتولي الرسول - ﷺ- القضاء بنفسه، وفصله في كثير من الدعاوىٰ، والخصومات، والخلافات التي كانت تُرفعُ إليه - ﷺ -، وما أُثِرَ من تعيين القضاة، وإرسالهم إلى الأمصار، وإقراره - ﷺ - للأحكام القضائية، **ومن ذلك ما يلي:-**

(أ) ما ثبت من أقواله - ﷺ-:-

1- عن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ- قال:

"**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**"[1].

وجه الدلالة :

إنه - ﷺ - جعل للحاكم أجراً على اجتهاده، وبَذْلِ وُسْعِهِ في الوصول إلى الحق، وذلك لأن النبي - ﷺ - رتَّبَ الثواب على الاجتهاد فيه، فللمصيب أجران، وللمخطئ أجر [2]، **مما** يدل على فضل القضاء والعمل فيه.

2- وعن ابن مسعود - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ- أنه قال:

" **لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً، فسلطه على هَلَكَتِهِ في الحق، ورجلٌ آتاه**

1- البخاري: الصحيح (كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب (21) أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو اخطأ، (ح7352)، مسلم: الصحيح (كتاب الأقضية، باب (6) بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ح 15، 1716) .

2- زكريا الأنصاري: فتح العلام (ص : 671).

الله الحكمة، فهو يقضي بها، ويعلمها " [1].

وجه الدلالة :

إن قوله - ﷺ -" **ورجلٌ آتاه الله الحكمة، فهو يقضي بها، ويعلمها "**.

قد جعل القضاء موضع تنافس؛ لأن الله سبحانه يُعْظِمُ به الأجر لمن حكم بين الناس بالعدل، وقضىٰ بالحكمة والعلم المستمد من كتاب الله وسنة رسوله - ﷺ-، وهذا في معرض المدح [2]، فدل على مشروعية القضاء بين الناس.

3- وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ- قال:" **سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظلَّ إلا ظلُّه: إمام عادل ..."** [3].

وجه الدلالة :

قوله - ﷺ - " **إمام عادل** "؛ أي في حكمه، وقضائه بين الناس؛ إذْ إن القضاء هو أحد المهام المناطة بالإمام، وقد يسنده إلى غيره؛ كالقضاة، عند اتساع الدولة، وكثرة الواجبات، وتزاحم المسؤوليات؛كما هو مشاهد في واقعنا، وقد قام به الخليفة الثاني، ومَنْ بعده من الأمراء والسلاطين.

1- البخاري: الصحيح (96)كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب (13)ما جاء في اجتهاد القضاء بما أنزل الله، ح 7316)، مسلم: الصحيح (6)كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب (47) فضل من يقوم بالقرآن ويعلمه ح 268، 816) .

2- ابن عثيمين: شرح رياض الصالحين (2 / 1475).

3- قال رسول الله - ﷺ - :" **سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله: إمام عادل، وشاب نشأ في عبادة الله، ورجلٌ قلبه معلق بالمسجد إذا خرج منه حتى يعودَ إليه، ورجلان تحابا في الله فاجتمعا على ذلك، وافترقا عليه، ورجلٌ ذكر الله خاليا ففاضت عيناه، ورجلٌ دعته امرأة ذات منصب وجمال فقال: إني أخاف الله رب العالمين، ورجلٌ تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه "**.

البخاري: الصحيح(10) كتاب الأذان، (36) باب من جلس في المسجد،ح 660)،

ومسلم: الصحيح(12) كتاب الزكاة، (30) باب فضل اخفاء الصدقة، ح 91 -1031).

4- عن ابن بريدة [1]، عن أبيه -رضي الله عنهما- عن النبي - ﷺ- قال:

" **القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النارِ؛ فأما الذي في الجنة فرجلٌ عرف الحق، فقضى به؛ ورجلٌ عرف الحق، وجار في الحكم، فهو في النار، ورجلٌ قضى للناس على جهل، فهو في النار** " [2].

وجه الدلالة:

إن النبي - ﷺ - قد قَسَّم القضاة إلى ثلاثة أصناف: صنفان حَذَّر منهما؛ لأنهما في النار، فهو يشترط في القاضي العلم والنزاهة في القضاء، وعدم الحيف والجور، والثالث هو من توفر فيه شرط القضاء السامي، وهو العلم والعدل، فهو في الجنة.

إن هذه الأفضلية لمن علم الحق وحكم به، وهو دليل على مشروعية القضاء بين الناس، مع الترغيب فيه لمن أخذه بحقه، وأدى الذي عليه فيه، ومع الترهيب لمن يقتحم ميدانه غير متوشحٍ بالعلم، أو متدثرٍ بالتقى والعدل [3].

5- ما روتْ أم سلمة – رضي الله عنها - قالت: جاء رجلان يختصمان في مواريثَ قد دَرَسَتْ، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله - ﷺ -:

"**إنكم تختصمون إليَّ، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من**

1- قال المنذري: ابن بريدة هذا هو عبد الله بن بُريدة بن الحُصين بن عبد الله بن الحارث بن الأعرج بن سعد، أبو عبد الله الأسلمي، أسلم بريدة عام الهجرة إذ مَرَّ به النبي- ﷺ - مهاجراً، وشهد غزوة خيبر، والفتح، وكان معه اللواء، واستعمله النبي - ﷺ - على صدقة قومه، وكان يحمل لواء الأمير أسامة - رضي الله عنه - حين غزا أرض البلقاء، إثر وفاة النبي - ﷺ -وله جملة أحاديث نحو مائة وخمسين حديثاً، نزل مرو، ونشر العلم بها، وحدث عنه ابناه: سليمان، وعبد الله، والشعبي...وطائفة، سكن البصرة مدة ثم غزا خراسان زمن عثمان، توفي بريدة سنة اثنين وستين، انظر: العظيم أباد:عون المعبود(9 / 488)، ابن الأثير: أسد الغابة(1 / 367)، الذهبي:سير أعلام النبلاء(2/469، 470).

2- أبو داود: السنن، (18) كتاب الأقضية،(2) باب في القاضي يخطئ،ح3573)، الترمذي: السنن،(12) كتاب الأحكام، (1) باب ما جاء عن رسول الله - ﷺ -في القاضي، ح1322)، ابن ماجه: السنن (13)كتاب الأحكام، (3) باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، ح2315)، صحيح: صححه الألباني في صحيح الجامع(ح4447).

3- انظر: الشوكاني: نيل الأوطار (5 / 540)، زكريا الأنصاري: فتح العلام (ص : 670).

بعض، فأقضي بنحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من نار"[1].

وجه الدلالة :

إنه - ﷺ -، لَّما لم يكن لأيٍّ من الخصمين بينة على دعواه، ذَكَّرهما بأنه بشر لا يعلم الغيب، إنما يحكم بما تبين له من الأدلة والبراهين والحجج، ومن حكم له بحق أخيه لكونه ألحنَ بحجته، فلا يحل له أخذه،فإنما هو قطعة من النار،فمن شاء فليأخذ، ومن شاء فليدع[2]، فدلَّ هذا على مشروعية القضاء، وأن الصلح مقدم عليه، خاصة عند انعدام البينات، ورضا الأخوين بالمصالحة.

(ب) ما ثبت من أفعاله - ﷺ -:-

1- روى أبو هريرة-رضي الله عنه- أنه قال: **أتى رجلٌ من المسلمين رسول الله- ﷺ - وهو في المسجد، فناداه فقال: يا رسول الله! إني زنيتُ، فأعرضَ عنه، فتنحى تلقاءَ وجهه، فقال له: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، حتى ثنَّى ذلك عليه أربع مرات، فلما شهدَ على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله - ﷺ -، فقال: أبك جنون؟ قال: لا، قال:" فهل أُحْصِنْتَ؟"، قال: نعم، فقال رسول الله - ﷺ -: " اذهبو به فارجموه ".**

قال ابن شهاب: فأخبرني من سمع جابر بن عبد الله يقول: فكنت فيمن رجمه، فرجمناه بالمصلى فلما أذلَقَتهُ الحجارة هرب، فأدركناه بالَحَّرة[3] فرجمناه [4] .

وجه الدلالة :

إن النبي - ﷺ - بعد أن تحرىٰ عن هذا الرجل"وهو ماعز" -رضي الله عنه -، وسأله عن

1- البخاري: الصحيح (52) كتاب الشهادات، (27) باب من أقام البينة بعد اليمين، ح 2680)، مسلم: الصحيح(30) كتاب الأقضية، (3) باب الحكم بالظاهر، واللحن بالحجة، ح 4 ، 1713).

2- الصنعاني: سبل السلام (4 / 192).

3- الحَرَّة: بالفتح أرض ذات حجارة سود، والجمع حِرَار، الفيومي: المصباح المنير(ص:70).

4- البخاري: الصحيح (86) كتاب الحدود، (29) باب سؤال الإمام المقر: هل أحصنت؟، ح 6825)، مسلم: الصحيح (29) كتاب الحدود ، (5) باب من اعترف على نفسه بالزنى، ح 16 -1691).

حاله من حيث الإحصان، وهل به جنون، وبعد أن أقر على نفسه بأربع شهادات؛ أمر برجمه، مما يدل على مشروعية القضاء؛ لفعله - ﷺ -.

2- وعن أبي هريرة وزيد بن خالد – رضي الله عنهما- قالا: كنا عند النبي - ﷺ - فقام رجلٌ فقال: أنشُدُكَ الله إلا ما قضيتَ بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه، وكان أفقه منه، فقال: اقضِ بيننا بكتاب الله، وائذن لي، قال : " قل " فقال: **إن ابني كان عسيفاً على هذا، فزنى بامرأته، فافتديتُ منه بمائة شاةٍ وخادم، ثم سألت رجالاً من أهل العلم، فأخبروني أن على ابني جلدَ مائة وتغريبَ عام، وعلى امرأته الرجم، فقال النبي – ﷺ – :**

" والذي نفسي بيده لأقضينَّ بينكما بكتاب الله جل ذكره، المائة شاةٍ والخادم ردٌ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغدُ يا أنيسُ على امرأة هذا؛ فإن اعترفت فارجمها" فغدا عليها، فاعترفت، فرجمها [1].

وجه الدلالة :

إن النبي - ﷺ - قضىٰ على العسيف بأن عليه جلدَ مائة، وتغريبَ عام، وعلى المرأة الرجم إنِ اعترفت، وقد رد المائة شاة والخادم على صاحبها، وأنها ليست من حكم الله في شئ، وفعله - ﷺ - دليل على مشروعية القضاء.

3- عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: **" خرجت جاريةٌ عليها أو ضاحٌ بالمدينة، قال: فرماها يهودي بحجرٍ، قال : فجيءَ بها إلى النبي – ﷺ – وبها رمق، فقال لها رسول الله– ﷺ –: " فلانٌ قَتَلَكِ؟ "، فرفعتْ رأسها، فأعاد عليها، قال: " فلانٌ قَتَلَكِ؟ "**

فرفعتْ رأسها، فقال لها في الثالثة: " فلانٌ قَتَلَكِ؟ "، فَخَفَضَتْ رأسها، فدعا به رسول الله– ﷺ – فقتله بين الحجرين [2].

1- البخاري: الصحيح(86) كتاب الحدود(30) باب الاعتراف بالزنا، ح6827 - 6828)، مسلم: الصحيح(29)كتاب الحدود، (5) باب من اعترف على نفسه بالزنى، ح25 - 1697 / 1698).

2- البخاري: الصحيح (87) كتاب الديات، (5) باب، إذا قتل بحجر أو بعصا، ح 6877)، مسلم: الصحيح (28) كتاب القسامة، والمحاربين، والقصاص، والديات، (3) باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحددات والمثقلات وقتل الرجل بالمرأة، ح 15- 1672).

وجه الدلالة :

إن النبي - ﷺ - سأل المرأة عن الفاعل، وبعد أن سمته أحضره الرسول - ﷺ - حتى أقر، ففعل به كما فعل هو بها من المماثلة في القصاص، وهو دليل صريح على مشروعية القضاء.

4- قضاؤه - ﷺ - في شأن فاطمة بنت قيس، حين خاصمت زوجها بعد أن طلقها ثلاثاً إلى رسول الله - ﷺ - في السكن والنفقة، **حيث قضى بألا نفقة لها ولا سكن** [1].

وجه الدلالة :

إنه - ﷺ - قضى في المطلقة ثلاثاً ألا نفقة لها ولا سكنى، وهذا يدل على مشروعية القضاء، ومزاولته له - ﷺ - من أقوى البراهين، ليست على إباحته فقط؛ بل على وجوبه؛ حتى لا تؤدي النزاعات إلى فساد ذات البين، فإنها الحالقة، تلك التي لا تحلق الشعر؛ بل تحلق الدين.

إلى غير ذلك من الأقضية الكثيرة التي حكم فيها رسول الله - ﷺ -، مما يدل على مشروعية القضاء بين الناس، وقد جمع الإمام ابن القيم كثيراً من تلك الأقضية [2]، كما وعن ابن عباس – رضي الله عنهما- قال: **" قضى رسول الله – ﷺ – بيمين وشاهد "** [3].

وجه الدلالة :-

إن قضاءه - ﷺ - بالشاهد واليمين دليل على جواز تولي القضاء، مما يدل على مشروعة القضاء بين الناس؛ لتوقف الأمن الاجتماعي عليه.

1- البخاري: الصحيح(كتاب الطلاق،(41)باب قصة فاطمة بنت قيس وقول الله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ الطلاق الآية (1)، ح5321، 5322).

مسلم : الصحيح (18) كتاب الطلاق، (6) باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ح36 - 1480).

2- انظر: ابن القيم: زاد المعاد الجزء الخامس وفيه هدي الرسول - ﷺ - في الأقضية والأحكام.

3- البخاري: الصحيح(52) كتاب الشهادات،(20) باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود،ح 2669 - 2670)، مسلم : الصحيح (30) كتاب الأقضية، (2) باب القضاء باليمين والشاهد ، ح 3 ، 1712).

(ج) ما ثبت من تقريره - ﷺ -:-

قد أقر رسول الله- ﷺ -صحابته الكرام أن يحكموا بين الناس في المنازعات، والخصومات التي حضرته؛ لتمرينهم على القضاء، والاجتهاد، ويدل على ذلك ما يلي.

1- عن علي - رضي الله عنه - قال: بعثني رسول الله - ﷺ - إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء؛ فقال:"**إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضينِ حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال:فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد**" [1].

وجه الدلالة :

إن إرسال النبي - ﷺ - علياً - رضي الله عنه - قاضياً إلى اليمن، وإرشادَهُ ونصحه بأمور القضاء يدل على مشروعية القضاء ولزومه.

2- عن عقبة بن عامر -رضي الله عنه- قال: جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله - ﷺ - فقال لي: " **اقضِ بينهما** " قلت: أنت أولى بذلك، فقال: " **وإن كان، اقضِ بينهما، فإن اجتهدت فأصبت فلك عشرةُ أُجورٍ، وإن اجتهدت فأخطأتَ فلك أجرٌ واحدٌ** " [2].

وجه الدلالة :-

إن قول النبي - ﷺ - لعقبة بن عامر " **اقضِ بينهما** " لدليل صريحٌ على اهتمام النبي-ﷺ - في تدريب صحابته الكرام على كيفية القضاء، وهذا دليل صريح على مشروعية القضاء.

1- أبو داود: السنن (18) كتاب الأقضية، (6) باب كيف القضاء،ح 3582)، الترمذي: السنن: (12)كتاب الأقضية، (5) باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كليهما، ح 1331)، وزاد الحاكم: فدفع في صدره، فقال اللهم اهده للقضاء، الحاكم: المستدرك (كتاب الأحكام)، (4 / 88) وقال هذا حديث حسن صحيح على شرط الشيخين، و لم يخرجاه.

2- الدار قطني: السنن (كتاب في الأقضية والأحكام، 4 / 203).

3- روى عبد الله بن عمرو -رضى الله عنها- أن رجلين اختصما إلى النبي - ﷺ - فقال لعمرو: اقضِ بينهما، فقال: أقضي بينهما وأنت حاضرٌ يا رسول الله؟! قال: " **نعم، على أنك إن أصبت فلك عشرةُ أجور، وإن اجتهدت فأخطأتَ فلك أجرٌ** " [1].

وجه الدلالة :-

إن أمر النبي - ﷺ - عمرو بن العاص بالقضاء بين يديه ظاهر الدلالة على مشروعية القضاء، وأن للمصيب فيه عشرة أجور، وللمخطئ في اجتهاده أجر واحد.

ثالثاً: الإجماع:-

قد أجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة ، والحكم بين الناس [2]، ولم يخالف في ذلك أحد؛ فقد تولى النبي - ﷺ - القضاء بنفسه، وولاّه لغيره من الصحابة رضوان الله عليهم، وكذلك الخلفاء الراشدون قد اهتموا بهذا الأمر كثيراً، وقاموا به خير قيام، فكان أَوَّلَ قاضٍ في الإسلام وَلِيَ هذا الأمرَ بعد رسول الله - ﷺ - عمرُ بنُ الخطاب - رضي الله عنه -، ولاّه أبو بكر ذلك، وقال لهَ: اقضِ بين الناس؛ فإني في شغل [3] .

فالإجماع منعقد على لزوم القضاء سلفاً وخلفا [4]؛ **فإن الإمام أحمد رحمه الله تعالى قال:** لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس [5]، **وهذا ما ذكره صاحب كشاف القناع فقال:** أجمع المسلمون على نصب القضاة للفصل بين الناس [6].

1- انظر: الحاكم: المستدرك كتاب الأحكام(4 /88)، الدار قطني: السنن(كتاب في الأقضية والأحكام، 4 / 203).

2- ابن قدامة: المغني (14 / 9).

3- البيهقي: السنن الكبرى (كتاب آداب القاضي، 10 / 87).

4- الشربيني:مغني المحتاج (6 / 258).

5- ابن قدامة: المغني (14 / 9).

6- البهوتي :كشاف القناع (6 / 286).

رابعاً: المعقول: -

إن الإنسان مدني بطبعه، وإنه يعيش في جماعة، وإن طبيعة المجتمع تقتضي وجود القضاء للفصل بين الناس في المنازعات؛ لأن الظلم من شيم النفوس، وطبع العالَم [1]؛ فإن الإنسان مفطور على حب الدنيا، والجري وراء شهواتها، وإن اتساع رقعة الدولة الإسلامية، وضعف الوازع الديني، أدى إلى النـزاع، والشقاق، وهذا يوجب عقلاً تعيين القضاة والولاة لفض المنازعات والخصومات [2].

الفرع الثاني : حكم تولي القضاء، وتولية القضاة: -

فرَّق الفقهاء بين تولي القضاء، وتولية القضاة، من حيث الحكم على النحو الآتي: -

أولاً: حكم تولي القضاء وحكمة مشروعيته: -

(أ)حكم تولي القضاء: -

اتفق الفقهاء[3] على أن تولي القضاء فرض كفاية [4]، والدليل على كونه فرضاً قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾ [5].

وجه الدلالة : -

إن هذه الآية توجب على الأمة القيام بالقسط، وهو العدل بين الناس؛ لأن الأمر فيها للوجوب، فكل فرد مطالب بهذه القوامة على قدر جهده وعلمه [6].

1- الأسيوطي: جواهر العقود (2 / 281).

2- الفضيلات: القضاء في الإسلام (ص : 17) .

3- انظر: الكاساني : بدائع الصنائع (7 / 2) ابن فرحون : تبصرة الحكام (9/1) ، الشربيني : مغني المحتاج (258/6)، الأسيوطي: جواهر العقود (2 / 283)، ابن قدامة المغني (14 / 5) .

4-فرض الكفاية : ما طلب الشارع فعله من مجموع المكلفين ، لا من كل فرد منهم ، بحيث إذا قام به بعض المكلفين فقد أدى الواجب ، وسقط الإثم والحرج عن الباقين ، وإذا لم يقم به أيُّ فردٍ أثموا جميعاً ؛ كالأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر . انظر : خلاف : علم أصول الفقه (ص : 126).

5- سورة النساء : الآية (135) .

6- القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (3 / 356) .

وأما كونه على الكفاية، فلأن القضاء بين الناس من سُبل الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وهما على الكفاية، ولكن هذا الحكم لا يمنع من القول بأن القضاء بالنسبة لأفراد المسلمين تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة[1]، **وإليك بيانها:-**

1- **الإيجاب:** يجب على الشخص أن يتولى القضاء، إذا توفرت فيه شروط القاضي، وكان صالحاً له، دون غيره، فإن كان الصالح للقضاء واحداً فيكون الوجوب عينياً، وإن كانوا أكثر من ذلك فالوجوب على الكفاية، لأنهم متساوون فيه.

2- **الندب:** يكون القضاء مستحباً للشخص إذا وجد من يصلح للقضاء، ولكنه هو أصلح له من غيره، وأقوم بأعبائه.

3- **الكراهة:** يكون القضاء مكروهاً إذا كان الشخص صالحاً له، ولكن يوجد من هو أصلح له منه.

4- **التحريم:** يصبح القضاء محرماً إذا لم تتوفر فيه شروط القاضي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه ابن بريدة عن أبية مرفوعاً:" **ورجل قضى للناس بغير علم فهو في النار**"[2]، أو توفرت فيه الشروط، ولكن كان يعلم من نفسه العجز عن القيام بشأنه، أو يعلم من نفسه الظلم والميل لاتباع الهوى، والتأثر بذوي النفوذ للقضاء ظلماً وجوراً إن تولاه.

5- **الإباحة:** ويكون القضاء مباحاً إذا استوى الشخص هو وغيره فيه، فيخير بين قبوله ورفضه، وهذه الأحكام بالنسبة لذات الشخص في تولي القضاء .

(ب) حكمة مشروعية القضاء :-

تكلم الكثيرون من العلماء في حكمة مشروعية القضاء، فلَّخصها بعض العلماء،

1- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 /10)وما بعدها، ابن أبي الدم: أدب القضاء (ص : 30)، الشربيني: مغني المحتاج (6 / 258) ، ابن قدامة : المغني (14 / 7).

2- سبق تخريجة (ص : 15).



وفي صدارتهم شيخ الإسلام ابن تيمية– رحمهم الله أجمعين -، فرأوا أن المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها، وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة ، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة، فالمقصود هو جلب المصلحة، وإزالة المفسدة، ووصول الحقوق هو من العدل الذي تقوم به السماء والأرض، وقطع الخصومة هو من باب دفع الظلم والضرر [1] .

ثانياً : حكم تولية القضاة :-

اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض عين[2] على الإمام، وذلك بأن يعين القضاة على الأمصار والمدن للحكم بين الناس؛ لأن القضاء جزء من الولاية العامة، والإمام يجب عليه أن يقوم بجميع شؤون الولاية، إما بنفسه وإما بالإنابة عنه، ولا يصح ذلك إلا من جهته، وأنه يجب عليه أن يُوَلِّيَ في كل مسافة عدوى [3] قاضياً، كما يجب عليه أن يجعل في كل مسافة قصر [4] مفتياً [5]، وذلك لأن حاجة الناس إلى القاضي أكبر من حاجتهم إلى المفتي، فلا يكفي في مسافة القصر قاضٍ واحد.

1- ابن تيمية : مجموع الفتاوى (3 / 355) .

2- انظر: الآبي الأزهري: جواهر الكليل(330/2)، الكاساني: بدائع الصنائع(7 / 2)، الشربيني: مغني المحتاج. (6/ 259)، ابن ضويان: منار السبيل(2 / 412).

3- العَدْوَى: بالفتح طلبك إلى والٍ لِيُعْدِيَكَ على مَنْ ظلمك ؛ أي ينتقم منه باعتدائه عليك، والفقهاء يقولون: مسافةُ (العَدْوَى) وكأنهم استعاروها من هذه العَدْوَى ؛ لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بِعَدْوٍ واحد لما فيه من القوة والجلادةِ ، الفيومي : المصباح المنير مادة عدو (ص: 206).

وهي المسافة التي يرجع منها من خرج مبكراً إلى موضعه ليلاً، أي إذا خرج من بيته في الصباح الباكر رجع إليه في الليل ، مصطفي الخن وآخرون : الفقه المنهجي (3 / 530).

4- مسافة القصر: هي للمسافر أربعة برد ، وهي ستة عشر فرسخاً ، وتساوي (88.704) كم ، وعند الحنفية حوالي (96)كم ، وقدرها بعضهم ب(83)كم ، الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته (142/1) والراجح (83)كم ، لما أثر عن ابن عمر وابن عباس - رضى الله عنهما – كانا يَقْصُران ويُفْطران في أربعة برد، وهي ستة عشر فرسخاً، وتساوي (83)كم تقريباً، ومثلهما يفعل توقيفاً؛ أي بعلم النبي - ﷺ - والله أعلم.

5- الشربيني: مغني المحتاج (6 / 259)، القليوبي وعميرة: حاشيتا(449/4).

ثالثاً : حقيقة التزهيد في منصب القضاء:-

وردت أحاديثُ وآثارٌ خُيِّلَ لبعض العلماء أنها في ذم القضاء، والتحذير منه مطلقـــاً، وقد اكتفيت منها بأربعة مرفوعة، وختمتها بخامس موقوف على ابن الخطاب عمر - ﷺ - **وهي على النحو التالي :**

1- عن أبي هريرة - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - قال: **" مَنْ جُعِلَ علـى القـضاء فكأنما ذُبِحَ بغير سكين "** [1] **.**

وجه الدلالة :

دل الحديثُ على التحذير من ولاية القضاء، والدخول فيه، كأنه يقول: مـــن تـــولىٰ القضاء فقد تعرض لذبح نفسه، فليحذره وليتوقه ،فإنه إن حكم بغير الحق مع علمه بـــه، أو جهله له،فهو في النار، وقوله - ﷺ -:"فقد ذبح بغير سكين" فيه وجهان كما قال الخطابي[2]:

الأول: إنما عدل عن الذبح بالسكين ليعلم أن المراد ما يخاف من هلاك دينه دون بدنه.

الثاني: أن الذبح بالسكين فيه إراحة للمذبوح، وبغير السكين؛ كالخنق وغيره، يكـــون الألم فيه أكثر، فذكر ليكون أبلغ في التحذير.

2- وعن عائشة - ﷺ - قالت:سمعت رسول الله- ﷺ -يقول:

" يُدعى بالقاضي العدل يوم القيامة ،فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى به أنه لم يقضِ بين اثنين في تمرة قط" [3].

1- انظر : أبو داود: السنن (18)كتاب الأقضية، باب (1) في طلب القضاء ،ح3571)، الترمذي: الـــسنن(12) كتاب الأحكام، باب (1) ما جاء عن الرسول - ﷺ - في القاضي، ح1325)، الحاكم المستدرك (كتاب الأحكـــام 91/4) وقال الحاكم صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

2- العظيم أبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود (9 / 486).

3- انظر : البيهقي: السنن الكبرى(كتاب آداب القاضي، باب كراهية الإمارة وكراهية تولي أعمالها..(10 / 96)، ضعيف ضعفة الألباني : ضعيف الجامع الصغير (ح 1516).

وجه الدلالة:-

ورد الحديث للتحذير عن طلب القضاء والدخول فيه ، وإذا كان الحديث قد ورد في حق العدل، فما ظنك بغير العدل، وشدة الحساب تشمل كل القضاة إلا أن الله - ﷻ - ينجي العادل بعدله، ويبقي الجائر في وبال ما صنع [1].

3- عن أبي ذر - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - قال : **" يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، لاَ تَأَمَّرَنْ على اثنين، ولا تلينَّ مال يتيم "** [2] .

وجه الدلالة :-

يحذر النبي - ﷺ - أبا ذر من تولي الإمارة ؛ لأنها يوم القيامة حسرة وندامة لمن لم يقم بها، كذلك القضاء، فإنه نوع من الإمارة [3] .

4- عن أبي هريرة - ﷺ - قال : سمعت رسول الله - ﷺ - يقول : **" ليوشكن الرجل أنه يتمنى أنه خَرَّ من الثريا، ولم يلِ من أمر الناس شيئاً "** [4].

وجه الدلالة :-

يبين النبي - ﷺ - خطر الولاية؛ بأن المرء يتمنى أنه يسقط من السماء، ولم يحكم بشيء من أمر الناس، والقضاءُ من الولاية.

5- قال عمر - ﷺ - : **" وددتُ أن أنجوَ من هذا الأمر كفافاً، لا عليَّ ولا لي "** [5].

1- الخصاف : شرح أدب القاضي (ص : 6).

2- مسلم : الصحيح (كتاب الإمارة ، باب (4) كراهية الإمارة بغير ضرورة ، ح17 ، 1826) .

3- الشوكاني : نيل الأوطار (5 / 541).

4- انظر : البيهقي : السنن الكبرى (10 / 97) كتاب أدب القاضي ، باب كراهية الأمارة وكراهية تولى أعمالها ...، الحاكم : المستدرك (4 / 91) كتاب الأحكام، والحديث حسن: الإلباني: صحيح وضعيف الجامع الصغير (ح 5485) .

5- البيهقي: السنن الكبرى (كتاب أداب القاضي، باب كراهية الإمارة وكراهية تولي أعمالها(10 /97).

وجه الدلالة :-

يتمنـى الفاروق - ﷺ - أنه يخرج من الدنيا لا له ولا عليه؛ لما في الولاية من تبعات كبيرة يوم القيامة، وقبول حمل ثقيل، وأمانة عظيمة، وعلى قدر الحمل تكـون المـسؤولية، وعلى قدر المسؤولية يكون الحساب.

إن هذه الأحاديث قد يُظَنُّ أنها وردت في ذِّم تولي القضاء، والتنفير منه، والحقُّ أنهـا لبيان مدى مسؤولية تولي القضاء وخطره؛ تنبيهاً لكل من يعرض عليه هذا الأمر، وحثاً له أن ينظر في قدرته على الحكم والعدل، ودفعاً لأصحاب المطامع من وُلُوجِهِ؛ وقد قال النبي-ﷺ- **"القضاة ثلاثة، قاضيان في النار، وقاضٍ في الجنـة، قـاضٍ عـرف الحـق فقـضى بـه، فهـو في الجنة، وقاضٍ عرف الحقَّ فجار متعمداً، أو قضى بغير علمٍ، فهما في النار "** [1]، ويظهر لي أن كل ما جاء من الأحاديث التي فيها تخويف ووعيد، إنما هي في حقِّ قضاة الجور من العلماء، وفي حق الجهال الماجنين الذين يُدْخِلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم؛ فقد ورد الكـثير من الآيات والأحاديث الدالة على عظم شأن تولي القضاء ومشروعيته [2].

الفرع الثالث : أحكام طلب القضاء:-

إن طلب القضاء وتوليه لا يخرج عن الأحكام التكليفية الخمسة [3] :-

الوجه الأول: وجوب التصدي للقضاء، وشروط ذلك:-

(أ) صور وجوب طلب القضاء :-

نصَّ الفقهاء على بضع صور يكون فيها طلب القضاء والتصدى له واجباً على ذي الأهلية، **ومن ذلك :-**

1 - إذا انعدم وجود قاضٍ في البلد، ولا يصلح له غير هذا المجتهد العدل .

2- إذا وجد القاضي غير أنه لا تحلُّ ولايته له.

1- سبق تخريجه : انظر (ص : 15) من الرسالة بمعناه.

2- انظر : أدلة وجوب القضاء فيما سبق (ص : 7).

3- انظر : الطرابلسي: معين الحكام(ص : 10)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 / 14)، الماوردي: الأحكـام السلطانية (ص : 143)، الفراء : الأحكام السلطانية (ص : 70).

3- إذا كان القضاء بيد من لا يحلُّ إقراره عليه،ولا سبيل إلى تَنَحِّيهِ إلا بالتقدم لهذا المنصب.

(ب) شروط طلب القضاء:

يشترط في القاضي الذي تعين عليه الشخوص للقضاء،وحمل أمانته شروط، أهمها ما يلي:-

1- أن يكون من أهل الاجتهاد والعدالة.

2- أن يقصد به وجهَ الله تعالى، وأن يخلص لله فيه.

3- أن يدفعه لذلك الرغبة في حفظ الحقوق لأهلها، ودفع المظالم عنهم .

4- أن يكون مقصده القيام بفرض الكفاية، والعمل على جريان الأحكام وفق شرع الله تعالى.

الوجه الثاني: إباحة التصدي للقضاء: -

يكون التصدي للقضاء مباحاً في صورتين؛ هما :-

1- أن يكون فقيراً وله عيال؛ فيجوز له السعي في تحصيله لسدِّ خلته.

2- وكذلك إن كان يقصد به دفع ضررٍ عن نفسه، فيباح له أيضاً.

الوجه الثالث: استحباب طلب القضاء:-

يستحب طلب القضاء في حالات؛ أهمها ثلاث :-

1- إذا كان هناك عالم خَفِيَ علمه عن الناس، فأراد الإمام أن يشهره بولاية القضاء؛ لِيعلِّمَ الجاهل، ويفتي المسترشد.

2- أو كان هناك خامل الذكر لا يعرفه الإمام ولا الناس، فأراد السعي في القضاء؛ ليعرف موضع علمه، فيستحب له تحصيل ذلك، والدخول فيه بهذه النية.

3- **وقال المازري** [1] : وقد يستحب لمن لم يتعين عليه، ولكنه يرى أنه أنهض به، وأنفع

1- المازري هو : أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، إمام من أئمة المالكية، من المحدثين، ومن أهل الاجتهاد والنظر، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي في عصره ، نسبته إلى مازِرَ بفتح الزاي وكسرها: بليدة بجزيرة صقلية على ساحل البحر الأبيض المتوسط، ولد سنه (453 هـ) وتوفي (536هـ) بعد أن ناهز الثالثة والثمانين، انظر: الذهبي : سير اعلام النبلاء (20 / 426 ، 432)، رقم (282)، أبو الطيب: معجم الأصوليين (ص : 485).

للمسلمين من آخر تولاه، هو ممن يستحق التولية، ولكنه مقصِّر عن هذا المتقدم ندباً[1].

الوجه الرابع: كراهة طلب القضاء:-

إن كراهة طلب القضاء لها صورتان لا تخلوان من احتمال، وهما :-

الصورة الأولى: أن يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه، والاستعلاء على الناس، فهذا يكره له السعي، ولو قيل إنه يحرم كان وجهه ظاهراً؛ لقوله تعالى: ﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوّاً فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَاداً ، وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾ [2].

وجه الدلالة:-

يخبر تعالى أن الدار الآخرة ، ونعيمها المقيم الذي لا يحول ولا يزول ، جعلها لعباده المؤمنين المتواضعين الذين لا يريدون علواً في الأرض ؛ أيْ ترفعاً على خلق الله، وتعاظماً عليهم، ولا فساداً فيهم [3] .

(أ) طلب القضاء بخصوص تحصيل الجاه :-

لا بأس بطلب القضاء للحصول على الجاه؛ فقد ثبت أن رجلاً قال: يا رسول الله " **إني أحب أن يكون ردائي حسناً، ونعلي حسنةً، أفمن الكبر ذلك؟ فقال: لا؛ إن الله جميل يحب الجمال** " [4].

وجه الدلالة :-

إن النبي - ﷺ - أذن لرجل بلبس ما هو حسن وجميل، وأنه ليس من الكبر، مما يدل على جواز لبس ما هو حسن؛ فإن الله جميل يحب الجمال.

1- ابن فرحون: تبصرة الحكام(14/1).

2- سورة القصص: الآية (83).

3- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (3 / 402) .

4- انظر: أحمد: المسند(ح 3789،6 / 338)، الحاكم: المستدرك كتاب الإيمان(1 / 26)، صحيح على شرط الشيخين.

(ب) طلب القضاء بخصوص الاستعلاء على الناس:-

إن الحرمة أظهر من الكراهة في الاستعلاء على الناس بتولي القضاء، وذلك لأنه يريد الفخر والتطاول على غيره؛ فقد ثبت عن النبي - ﷺ - قال: " **إن الله أوحىٰ إليّ أن تواضعوا حتى لا يبغي أحد على أحد، ولا يفخر أحد على أحد** "[1].

وجه الدلالة :-

يحذر النبي - ﷺ - من التطاول، والاستعلاء على الناس؛ بقوله أن الله أوحى إلى أن تواضعوا حتى لا يفخر أحد على أحد، ولا يبغي أحد على أحد، فيدخل في النهي طلب القضاء بباعث الاستعلاء.

الصورة الثانية: ويكره له أيضاً إذا كان غنياً أخذُ الرزق على القضاء، أو كان مشهوراً لا يحتاج أن يشهر نفسه وعلمه بالقضاء، ويحتمل أن يلحق هذا بقسم المباح.

الوجه الخامس: تحريم التصدي للقضاء:-

إن أشهر صور التصدي المحرم للقضاء أربع ، وبيانها على النحو التالي :-

1- أن يسعىٰ في طلب القضاء وهو جاهل، ليس له أهلية القضاء.

2- أو يسعىٰ فيه وهو من أهل العلم، ولكنه متلبس بما يوجب فسقه.

3- أو كان قصده بالولاية الانتقام من أعدائه.

4- أو كان هدفه قبول الرشا [2] من الخصوم، وما أشبه ذلك من المقاصد، فهذا يحرم عليه السعي في القضاء[3].

1- انظر : أبو داود : السنن (36)كتاب الأدب ، باب (48) في التواضع ، ح4895) ، ابن ماجه : السنن (كتاب الزهد، باب (23) البغي ، ح4214)، حسنه الإلباني : صحيح الجامع (ح 1725) .

2- الرشا : الرِّشوة وهي ما يعطىٰ لقضاء مصلحة ، أو ما يعطىٰ لإحقاق باطل ، أو إبطال حق. انظر: ابراهيم انيس وآخرين (ص : 372) .

3- انظر: الطرابلسي: معين الحكام(ص:10)، ابن فرحون: تبصرة الحكام(14/1)، الماوردي: الأحكام السلطانية(ص:143)، الفراء: الأحكام السلطانية(ص:70).

المطلب الثالث

شروط القاضي وصلاحياته

إن وظيفة القضاء من أسمىٰ الوظائف، وأنبل الأعمال، فالقاضي يحاط بالهيبة، ويقـــرن بالإجلال والاحترام ، وقد أثبت القضاة في ظل الشريعة الإسلامية سمو مركـــزهم ، وعلـــو منـــزلتهم،ونزاهة عملهم؛ حتى كسبوا محبة أكثر الناس، ونالوا الثقة الغالية، وكـــانوا محـــطَّ أنظارهم وآمالهم، ورجائهم؛ لأن القضاةَ يُخْتَارَون من الأكْفاء العلماء المشهورين بـــشرف الصيت، وعزة النفس، وسعة العلم، دون أن تأخذهم في الله لومةُ لائم، يبغون مرضـــاة الله، ويلتزمون شرعةُ، ويطبقون أحكامه، وهذا يحدونا للتعرف على شروط مَنْ يتـــولى منـــصب القضاء، وما هي الصلاحيات المخوّلة له، **وذلك من خلال الفرعين الآتيين:-**

الفرع الأول: شروط القاضي [1] **:-**

1- **أن يكون القاضي مسلماً :** إن القضاء ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تولي الكافر لمنصب القضاء بين المسلمين [2] لقوله تعالى:

﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [3].

وجه الدلالة :-

لا يزال الله يُحْدِثُ من أسباب النصر للمؤمنين، ودفع تسليط الكافرين واســـتيلائهم على المؤمنين، ونحن إذا جعلنا الكافر قاضياً؛ فقد جعلنا له سبيلاً، وولايـــة، ولا ولايـــة ولا سبيل لكافرٍ على مسلـــم، حتى وإن كان بعض المسلميـــن تحكمهـــم الطوائف الكافرة؛

1- شرائط القضاء عشرة ، والعاشر منها أن يكون القاضي مجتهداً ، ولما كان هذا الشرط عنوان بحثي ســـوف يجاء به مفصلاً في أول مطلب من المبحث الأول في الفصل الثاني ، لذا يقتصر الحديث هنا على التسعة الأولى.

2- انظر : الطرابلسي: معين الحكام (ص : 14) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 21) الماوردي: الأحكام السلطانية(ص: 131)، البهوتي: كشاف القناع (6 / 317)، النباهي: تاريخ قضاة الانـــدلس (ص :19 ، 20)، ابـــن الملقن: نزهة النظار في قضاة الامصار (ص : 7).

3- سورة النساء : الآية (141).

فإنهم لا يكونون مستصغرين عندهم، بل لهم العز التام لإيمانهم بالله [1]، والقصد من القضاء وفصل المنازعات عن طريق تطبيق الأحكام الشرعية، والكافر جاهل بها غالباً.

ولو فرض أن كافراً وُلّيَ القضاء بين المسلمين لم تصحَّ ولايته ، ولا ينفذ قضاؤه.

أما قضاء الكافر بين غير المسلمين ففيه خلاف بين الفقهاء أتناوله في المسألة التالية:-

مسألة : جواز قضاء الكافر بين غير المسلمين:-

اختلف الأئمة في هذه المسألة على مذهبين:-

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى أنه يجوز أن يكون القاضي بين الكفار غير مسلم [2].

المذهب الثاني: وذهب جمهور الفقهاء [3] من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز ولاية الكافر للقضاء بين أهل دينه، وذلك لما يلي:-

أ- يقصد من تولية القاضي فصلُ الأحكام حسب الشريعة الإسلامية، والكافر جاهل بها غالباً.

ب- يجوز للقاضي المسلم أن يرفض القضاء بينهم؛ لقوله تعالى:﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ [4].

وجه الدلالة :-

جعل الله - ﷻ - الأمر للرسول بالخيار في أمرهم إذا جاؤوه يطلبون حكمه – فإن شاء أعرض عنهم –، ولن يضروه شيئاً ، وإن شاء حكم بينهم؛ فإذا اختار ذلك حكم بينهم بالقسط، غير متأثر بأهوائهم، وغير متأثر كذلك بمسارعتهم في الكفر، أو

1- انظر: السعدي : تيسير الكريم الرحمن (1/ 251) .

2- انظر: ابن عابدين : رد المحتار (8/ 24).

3- انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام (1/ 21)، الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 131)، البهوتي: كشاف القناع (6/ 317) .

4- سورة المائدة: الآية (42) .

مؤامراهم، ومناوراهم [1].

ج- وأما جريان العادة بنصب حاكم من أهل الذمة عليهم ، فإنما هو رياسة وزعامة، لا تقليد حكم وقضاء، ولا يلزمهم حكمه بإلْزَامه، بل بالتزامهم له [2]، ولا يلزمون بالتحاكم عنده، فيجوز لهم ترك حكمه، والتحاكم إلى قضاة المسلمين.

الترجيح: -

يترجح عندي مذهب الحنفية القائلين بجواز أن يكون الكافر قاضياً بين أهل ملته؛ **للأسباب التالية: -**

أ- إن السبيل الذي من أجله حرم أن يقضيَ الكافر بين المسلمين منتفٍ، فلا سبيل له على المؤمنين، وإنما سبيله على أهل ملته.

ب- إن الله تبارك وتعالى أجاز للمسلمين الحكم بينهم، كما أجاز ترك الحكم، فقال سبحانه وتعالى: ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ ، أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ [3].

وجه الدلالة : -

إذا أعرض الحاكم المسلم عن الحكم بين الكفار؛ فلا بد أن يتحاكموا إلى أهل ملتهم مما يدل على جواز تنصيب قاضٍ كافر يحكم بينهم [4].

2- أن يكون القاضي بالغاً: -

لا يجوز تقليد القضاء للصغير؛ لأنه غير مكلف، والصغير لا ولاية له على نفسه

1- انظر : القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (3 / 540) ، سيد قطب : الظلال (2 / 893) .

2- انظر : الطرابلسي: معين الحكام(ص : 14)، الماوردي: الأحكام السلطانية(ص : 131)، البهوتي: كشاف القناع (6 / 317).

3- سورة المائدة : الآية (42).

4- انظر : القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (3 / 540 ،541)، سيد قطب : الظلال (2 / 894).

فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره [1].

وإذا قلد لا يصح قضاؤه، ولا ينفذ؛ فعن أبي هريرة - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - قال: " **تعوذوا بالله من رأس السبعين** [2]، **وإمارة الصبيان** " [3].

وجه الدلالة :-

إن التعوذ لا يكون إلا من شر وبلية، فيكون تقليد الصبيان للقضاء شراً وبلية، وفساداً كبيراً، فالصبي لم يكتمل نمو عقله وفطنته، فلا يصح توليته القضاء [4].

3- **أن يكون القاضي عاقلاً :-**

إذا قلد غير العاقل القضاء فلا يصح قضاؤه، ولا ينفذ حكمه [5]؛ لأن المجنون والسفيه والمعتوه ليسوا بأهل للقضاء؛ حيث يقدم في القضاء من هو أكثر تفطناً لحجاج الخصوم، وقواعد الأحكام ، ووجه الخداع من الناس [6] .

وقد روى علي - ﷺ - عن النبي - ﷺ - أنه قال: "**رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم** " [7].

1- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 193) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 21) ، الرافعي : العزيز شرح الوجيز (12 / 417)، ابن قدامة : المغني (14 / 12) ، البهوتي : كشاف القناع (6 / 317).

2- تعوذوا بالله من رأس السبعين :لعله لما ظهر فيها من الفتن العظيمة منها قتل الحسين رضي الله عنه ، ووقعت الحرة ، وغير ذلك مما وقع في عشر السبعين ، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار (5 / 540).

3- أحمد : المسند (14 / 68 ، ح 8320) اسناده ضعيف، انظر: مسند: الإمام أحمد: تحقيق شعيب الأرنؤوط: عادل مرشد(68/14).

4- مصطفى الخن وآخرون : الفقه المنهجي (3 / 532).

5- انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 234) ، ابن رشد : بداية المجتهد (ص : 768) ، الأسيوطي : جواهر العقود (2/ 283)، البهوتي: كشاف القناع(312/6).

6- القرافي : الفروق (4 / 1180).

7- انظر: أبو داود: السنن (33) كتاب الحدود، باب (16) في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ح4401)، الترمذي: السنن (14) كتاب الحدود، باب (1) ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ح1423)، النسائي : السنن (كتاب الطلاق، باب (21) من لا يقع طلاقه من الأزواج ، ح3432) ، صحيح : الألباني صحيح سنن أبي داود (ح 4401).

وجه الدلالة :-

إن المجنون مرفوع عنه الحساب،حتى يفيق، لذلك فلا تصح ولايته؛لأنه يشترط النضوج العقلي، والقدرة على النظر في الأمور،كما **يقول الماوردي:** يكون صحيح التمييز جيد الفطنة، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل،وفصل ما أعضل[1].

4- أن يكون القاضي حراً [2] :-

اشترط الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية،والحنابلة أن يكون القاضي حراً [3]؛ لأن له الولاية، ولا ولاية للعبد على نفسه، فمن باب أولى أن لا يملك الولاية على غيره، لأن العبد لا يستطيع أن يتصرف بنفسه؛ لانشغاله بحقوق سيده، وهذا يمنع من انعقاد ولايته على غيره [4].

(5-6-7) أن يكون القاضي سليم الحواس السمع، والبصر، والنطق :-

أولاً: أقوال الفقهاء، في اشتراط صحة الحواس للقاضي:-

اختلف الفقهاء في حكم ولاية من لم تتوفر فيه هذه الحواس إلى ثلاثة أقوال:-

---

1- الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 130).

2- وهذا الشرط أصبح في ذمة التاريخ بعد إلغاء الرِّق في العالم بموجب مؤتمر فينا عام 1815 واتفاقية جنيف عام 1956، وقد وافقت عليها الدول وصدقتها ، وكان السبق في ذلك للإسلام الذي عمل على عتق الرقاب وفكها.

إلا أن ابن حزم خالف واشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلماً، بالغاً، عاقلاً عالماً بأحكام الكتاب والسنة، وأجاز أن يلي العبد القضاء، لقول أبي ذر - ﷺ -: " **أوصاني خليلي – أن أسمع وأطيع وإن كان عبداً مجدع الأطراف** "، البخاري : الأدب المفرد (62) باب يكثر ماء المرق فيقسم في الجيران (ح113) انظر: المحلى(363 /9).

3- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير (7 / 234) ، ابن رشد : بداية المجتهد (ص : 768) ، الرافعي : العزيز شرح الوجيز (12 / 415) ، البهوتي : الروض المربع (2 / 407).

4- انظر: الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 130).

(أ) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة في إحدى الــروايتين، إلى اشتراط سلامة الحواس – السمع والبصر واللسان – في القاضي [1].

(ب) وذهب المالكية إلى أن السمع والبصر والنطق مشترطة في استمرار ولاية القاضي للقضاء، وليست مشترطة في جواز ولايته له [2].

(ج) وذهب بعض الحنفية إلى عدم اشتراط السمع [3] .

ثانياً : الأدلة :-

استدل المالكية بما يلي:-

1- إن نبي الله شعيباً عليه السلام كان أعمىٰ، والقضاء بعض وظائف الأنبياء والرسل[4].

2- إن رسول الله - ﷺ - ولى ابن أم مكتوم على المدينة أثناء غيابه، والقضاء في ذلك العهد يندرج تحت الولاية العامة [5].

3- إن المالكية لا يعتبرون النطق والسمع والبصر شروط صحة؛ إذ قاسوا القضاء على الشهادة [6].

ثالثاً : مناقشة الأدلة:-

1- إن الاستدلال بأن نبي الله شعيــباً كان أعمى لم يثبت، ولا يتفق العمى وصفات الرسل الكاملة الخلقية [7].

1- انظر : الكاساني : بدائع الصنائع (9 / 85)، الشربيني : مغني المحتــاج(6 / 262)، المــاوردي : الأحكــام السلطانية (ص : 131)، الــشيرازي : المهــذب(5 / 372) ، ابــن قدامــه: المغــني(14 / 13)، الفــراء : الأحكــام السلطانية(ص:60)، المرداوي: الإنصاف (11 / 169) .

2- انظر : بداية المجتهد : ابن رشد (ص : 768) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (23/1).

3- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 23) ، المرغيناني : الهداية (3 / 112).

4- انظر: ابن قدامة : المغني (14 / 13).

5- انظر: الشربيني : مغني المحتاج (6 / 263).

6- انظر : ابن رشد: بداية المجتهد(ص : 768)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 / 21).

7- انظر: ابن قدامة: المغني (14 / 13).

2- وأما الاستدلال بأن الرسول - ﷺ - وَلَّى ابن أم مكتوم على المدينة أثناء غيابه فمردود؛ لأن الاستخلاف لابن أم مكتوم كان في إقامة الصلاة دون الحكم [1].

3- وإن قياس المالكية قياس مع الفارق إذ قاسوا القضاء على الشهادة؛ لأن القضاء ولاية عامة، والشهادة ولاية خاصة.

رابعاً: الترجيح :-

يترجح لي مذهب الجمهور الذين يشترطون سلامة الحواس؛ **وذلك لما يلي:-**

1- إن مقام القضاء مقام رفيع، ويجب أن يكون القاضي مرهوباً من الخصوم؛ بل ومن الحكام والسلاطين، ولا شك أن القاضي السليم الحواس له من الهيبة في قلوب الناس ما ليس لفاقد الطَّرْف.

2- إن القاضي المبصر يستطيع أن يقرأ في وجوه الخصوم، وفي حركاتهم، من الأدلة ما يؤكد ما تلوكه ألسنتهم من النفي والإثبات، وهذا لا يتأتى للمبتلى بفقد هذه الحاسة.

3- إن بعض العقود أو البينات قد تكون مزوَّرةً، والقاضي السليم الحواس هو الأقدر على تمييز الصحيح منها والمزيف.

4- إن البصير يتسنى له معرفة المدعي من المدعىٰ عليه، والشاهد من المشهود له أو عليه، ومن ثَمَّ المحق من المبطل.

5- إن الأخرس غير قادر على النطق بالأحكام، كما أن الناس لا يفهمون إشارته كثيراً.

6- إن الأصم لا يسمع كلام الخصوم، أو شهادة الشهود، فلا يكاد يميز المحقَّ من المبطل، والمقر من المنكر.

---

1 - انظر: الشربيني : مغني المحتاج (6 / 263).

8- أن يكون القاضي عدلاً:-

إن العدل هو القائم بالفرائض، والأركان، وهو الذي لم يرتكب كبيرة، ولم يُصرَّ على صغيرة، فهو عفيفٌ عن المحارم، متوقٍ للمآثم، بعيدٌ عن الريب، مأمونٌ وقتَ الرضا والغضب، صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، مجتنبٌ لما يُخلُّ بمروءة أمثاله [1].

وقد اختلف العلماء في تولية الفاسق للقضاء، وفي صحة ولايته، وكذلك في حكمه في تولي القضاء، وصحة أحكامه إذا تاب من الفسق، خاصة إذا كان قذفاً، **وبيان هذين الحكمين على النحو التالي:-**

الحكم الأول: حكم اشتراط العدالة في القاضي:-

اختلف العلماء في مدى اعتبار العدالة في القاضي شرطاً لجواز توليته، وصحة ولايته إلى قولين، **وهما:-**

1- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن العدالة معتبرة في كلّ من جواز تولية القاضي، وصحة ولايته، بحيث إذا وُلي الفاسق القضاء أثم مُوليه، وبطلت ولايته، ولا ينفذ شئ من قضائه ولو صادف الحق، وذلك لأنه متهمٌ في دينه، والقضاء طريق الأمانات [2].

2- وذهب الحنفية، ومعهم طائفة من المالكية إلى أن العدالة شرط جواز، وأفضلية لا شرط صحة؛ **بمعنى**: أنه إذا وُليَ الفاسق القضاء أثم مُولِّيه، ولكنْ تصح ولايته، وينفذ قضاؤه، على أن نفاذ كل قضاء مشروط بموافقة الشرع [3].

1- انظر : الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 131) ، النووي : المجموع (22 / 321)، الأسيوطي: جواهر العقود (2 / 349)، ابن أبي الدم: أدب القاضي (ص :34).

2- انظر : بداية المجتهد: ابن رشد (ص : 768)، تبصرة الحكام: ابن فرحون (1 / 21)، الشربيني: مغني المحتاج (6 / 262)، الماوردي: الأحكام السلطانية (ص:131)، ابن قدامة : المغني (14 / 13)، البهوتي: كشاف القناع (6 / 317).

3- انظر : ابن عابدين: رد المحتار (8 / 25)، ابن فرحون: تبصرة الحكام(21/1).

وذكر الكاساني والمرغناني [1]، أنه يحسن بالإمام أن لا يختار الفاسق؛ فإن اختاره للقضاء فولايته جائزة، وأحكامه نافذة، ولو كانت شرط جواز لكانت ولايته باطلة، وأحكامه لاغية غير معتبرة.

ثانياً: الترجيح :-

يظهر لي رجحان ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط العدالة، وذلك لأن الفاسق متهم في دينه، والقضاء طريق الأمانات؛ فإذا ولي الفسقة القضاء نكون بذلك قد تركنا المجال لأعداء الله بأن يطعنوا في صلاحية القضاء الإسلامي، ونزاهته؛ مما يجعل الكثير من الناس يعزف عن التحاكم .

الحكم الثاني: حكم تولية القاذف التائب لمنصب القضاء :-

اختلف العلماء في حكم تولية القاذف التائب لمنصب القضاء :-

أولاً: أقوال الفقهاء وأدلتهم:

1-ذهب جمهور الفقهاء[2] إلى أن القاذف إذا تاب تاب الله عليه، وله أن يتولى القضاء؛ لأن التابيد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً﴾ [3] محمول على مدة دوامهم على القذف واصرارهم على المحرمات، وأما إذا تاب القاذف وأكذب نفسه فإن الله يتوب عليه وتقبل شهادته[4].

2-وذهب الحنفية[5] إلى منع كل محدود في قذفٍ من تولي القضاء، حتى لو تاب؛ لأن رفض الشهادة جزء من العقوبة، وهذا بناء على القاعدة القائلة : " **من تقبل شهادته تجوز ولايته للقضاء، ومن لا تقبل شهادته لا تجوز ولايته للقضاء** "

1- انظر : الكاساني : بدائع الصنائع (9 / 91) ، المرغيناني : الهداية (3 / 112) .

2- انظر: ابن جزي: القوانين الفقهية(ص:303)، الشربيني: مغني المحتاج(363/6)، البهوتي: كشاف القناع(453/6).

3-سورة النور: آية(4).

4-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن(119/12).

5- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 25) الكاساني : بدائع الصنائع (9 /91) ، المرغيناني : الهداية (112/3).

والمحدود بحد القذف عندهم شهادته غير مقبولة بنص القرآن.

قال الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ، ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ، وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ [1] .

وجه الدلالة:-

إن الذين يقذفون المحصنات بالزنا صريحاً قد أوجب الله فيهم ثلاث عقوبات:-

الأولى: جلد القاذف ثمانين جلدة.

الثانية: عدم قبول شهادته.

الثالثة : الحكم عليه بالفسق [2] .

فعدم قبول الشهادة بالنص الصريح يعني عدم جواز ولايته للقضاء؛ لأن من لا تقبل شهادته لا تجوز ولايته للقضاء .

ثانياً: الترجيح :-

يظهر لي أن القاذف إذا تاب تاب الله عليه، وله أن يتولى القضاء، إذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له[3].

9- أن يكون القاضي ذكراً :-

إن الإسلام قد أكرم المرأة، ووضعها في مكانها اللائق بها، ووكل إليها مهماتٍ تتفق وطبيعَتها، و لم يكلفها المشقة في السعي، وطلب الرزق، فجعل الرجال قوامين على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم، والمرأة مصونةً في بيتها؛ لأنها عرض يحرص الإسلام على صيانته، والاحتفاظ به من عبث العابثين.

لذلك فقد اختلف الفقهاء في حكم توليها القضاء، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

1- سورة النور : الآية (4).

2- الشنقيطي : أضواء البيان (6 / 85).

3- السخاوي: المقاصد الحسنة(ص:179).



أولاً: الأقوال :-

في هذه المسألة ثلاثة مذاهب:-

1- ذهب جمهور الفقهاء [1]، من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وزفر[2] من الحنفية رحمهم الله؛ إلى عدم جواز ولاية المرأة للقضاء مطلقاً.

2- وذهب الحنفية عدا زفر إلى جواز ولاية المرأة للقضاء في غير الحدود والقصاص [3] .

3- وذهب ابن جرير الطبري [4] وابن حزم [5] إلى جواز ولاية المرأة للقضاء مطلقاً.

ثانياً: الأدلة :-

أدلة الجمهور: استدلوا بالكتاب، والسنة، والمعقول.

(أ) الكتاب :-

قال تعالى : ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ [6] .

وجه الدلالة :-

تدل الآية على قوامة الرجال بالولاية على النساء ، والذَّبِّ عنهن، وأيضاً، فإن في الرجال الحكام، والأمراء، ومن يغزون، وليس ذلك في النساء؛ لأن الرجال لهم فضيلة في زيادة العقل والتدبير ما ليس للنساء غالباً، ولأن طبع الرجال يغلب عليه الحرارة واليبوسة،

1- انظر : ابن رشد : بداية المجتهد (ص : 768) ، الأسيوطي : جواهر العقود (2 / 283) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 130) ، البهوتي: شرح منتهى الإرادات (3 / 492)، ابن قدامة: المغني (14 / 12)، بهاء الدين المقدسي: العدة (3 / 916)، البهوتي: كشاف القناع (6 / 317) .

2-زفر : الفقيه المجتهد الرباني ، العلامة أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن سلم ، ولد سنة عشر ومائة ، وهو من بحور الفقه ، وأذكياء الوقت ، تفقه بأبي حنيفة ، وهو أكبر تلامذته ، وكان ممن جمع بين العلم والعمل ، وكان يدري الحديث ويتقنه ، ومات سنة ثمان وخمسين ومائة . الذهبي : سير أعلام النبلاء (38/8).

3- انظر : الكاساني: بدائع الصنائع (86/9) ، المرغيناني : الهداية (118/3) ، الميداني : اللباب (84/4) .

4- انظر : ابن رشد: بداية المجتهد (ص : 768) ، الأحكام السلطانية : الماوردي (ص : 130) ، الكاساني : بدائع الصنائع (9 / 86) ، الشربيني : مغني المحتاج (6 / 262).

5- انظر: ابن حزم : المحلى (9 / 631).

6- سورة النساء : الآية (34).

فيكون فيه قوة وشدة، وطبع النساء يغلب عليه الرطوبة والبرودة، فيكون فيه معنى اللـــين، والضعف، فجعل للرجال حقَّ القيام عليهن [1].

(ب) السنة :-

عن أبي بكرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال : " **لن يفلح قومٌ ولّوا أمرهم امرأة** " [2].

وجه الدلالة :-

إن الحديث فيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقومٍ توليتـــها؛ لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب [3] .

(ج) المعقول : وذلك من وجوه ثلاثة :-

1- لم يصل إلينا لا من طريق صحيح، أو غيرها؛ أن رسول الله- ﷺ - ولّى امـــرأةً،ولا أحدٌ من خلفائه كذلك، ولا مَنْ بعدهم ،ولو جاز ذلك لم يَخْلُ منه جميعُ الزمان غالباً [4].

2- والقاضي يكثر عنده الخصوم والرجال، مما يحتاج فيه إلى كمال الرأي، وتمام العقل والفطنة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي غالباً، ليستْ أهلاً للحضور في مجتمع الرجال [5].

3- وقد استدل ابن فرحون رحمه الله على أنه لا يصح من المرأة تولي منصب القـــضاء؛ زيادة على نقصها ، بأن كلامها ربما كان فتنة ، وبعض النساء تكون صورتها فتنة [6] .

أدلة الحنفية القائلين بجواز ولاية المرأة للقضاء في غير الحدود والقصاص :-

إن القاعدة عندهم أن من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء؛ لأن حكم القضاء يُستقى من حكم الشهادة؛ إذْ كل واحد منهما ولاية؛ فكل من كان أهلاً للشهادة يكون

1- انظر: القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (5 / 110-111) .
2- البخاري : الصحيح (92) كتاب الفتن ، (18) باب، ح7099) .
3- انظر: الشوكاني : نيل الأوطار (5/ 540) .
4- انظر: ابن قدامة : المغني (14 / 13) .
5- المصدر السابق ، كشاف القناع : البهوتي (6/ 317) .
6- انظر: ابن فرحون : تبصرة الحكام (1/ 21) .

أهلاً للقضاء، والمرأة أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص [1].

أدلة القائلين بجواز ولاية المرأة مطلقاً :-

" **إن المرأة يجوز لها أن تتصدر الفتوى، فيجوز لها القضاء؛ قياساً على ذلك** " [2] .

أما ابن حزم رحمه الله:-

فقد احتج بما روي أن **عمر بن الخطاب** – ﷺ –:" **قد وَلَّى الشفاء [3] السوق، وهي امرأة من قومه**"[4].

ثالثاً : المناقشة:-

1- إن ما ذهب إليه الحنفية من قياس القضاء على الشهادة، هو قياس مع الفارق؛ لأن القضاء في الأمور العامة، وأما الشهادة فهي في أمور جزئية، والشهادة إبانة للحق، مع عدم الإلزام بعكس القضاء، فهو ملزم.

2- إن الأهلية في الشهادة مغايرة للأهلية في القضاء، وإلا كان العامي الجاهل الذي تقبل شهادته أهلاً للقضاء، وهذا مستحيل عقلاً وشرعاً .

3- وأما قياس القضاء على الإفتاء فهو قياس مع الفارق؛ فالقضاء ملزم للطرفين ، بينما الإفتاء غير ملزم [5] .

4- وما ذكره ابن حزم رحمه الله من أن عمر - ﷺ - وَلَّىٰ الشِّفاء لا يصلح حجة؛ إذ الخبر لم يثبت؛ قال أبو بكر بن العربي : " **هذا لم يصح، فلا تلتفتوا إليه، وإنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث** " [6].

1- انظر : المرغناني : الهداية (3 / 118) ، الكاساني : بدائع الصنائع (9 / 86).

2- انظر : ابن قدامة : المغني (14 / 12) ، النووي : المجموع (22 / 322).

3- الشفاء : الشفاء بنت عبد الله بن عبد شمس بن خلف بن صداد، صحابية جليلة بايعت الرسول - ﷺ - قبل الهجرة فهي من المهاجرات الأوليات ، وكانت من عقلاء النساء وفضلائهن ، ابن الأثير : أسد الغابة (164/7) .

4- انظر : ابن حزم : المحلى (9 / 430) ، المغني : ابن قدامة (14 / 13) .

5- سياتي بيانها في المبحث الأول، من الفصل الثالث.

6-انظر: ابن العربي : أحكام القرآن (3 / 1457) .

رابعاً: الترجيح :-

يظهر لي بعد النظر في أدلة الفقهاء رجحان قول الجمهور القاضي بألَّا يكونَ القاضي أنثى، وذلك لما يلي:-

1- إن المرأة عاجزة أمام الرجال كثيراً؛ وذلك بسبب نشأها؛ لقوله تعالى : ﴿أَوَمَنْ يُنَشَّأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾ [1]، حيث أظهر سبحانه وتعالى أن الأنثى ناقصة في وصفها ، وفي منطقها، وفي بيانها فهي بحاجة إلى الزينة منذ الصغر لإكمال نقصها [2].

2- إن الأصل في المرأة القرار في البيت؛ لقوله تعالى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ [3] فخروج المرأة إلى القضاء من غير ما ضرورة يتنافى مع هذا الأدب الرباني؛ حيث إن قرارهن في بيوقمن أسلم لهن وأحفظ.

3- إن القضاء يحتاج إلى أهلية خاصة تصقلها التجربة والخبرة في معادن الناس وسلوكهم ، والمرأة قليلة الاحتكاك بأصحاب المعاملات والعقود، فَتَقِلُّ خبرهّا، فأنَّى لها أن تميز الحق من الباطل في الدعاوىٰ .

4- إن طبع النساء يغلب عليه الرطوبة والبرودة، فيكون فيه معنى اللين والضعف،وطبع الرجال يغلب عليه الحرارة واليبوسة؛ فيكون فيه قوة وشدة، والقضاء يحتاج إلى قوة،وشدة؛ لأنه ملتقي الخصوم لا إلى ضعف، ولين كما هو حال النساء.

5- يضاف إلى ذلك ما ظهر من قوة أدلة الجمهور، ولين أدلة الحنفية.

خاتمة في شروط مستحبة في القاضي :-

أختتم هذا الفرع بما ذكره بعض الأئمة من استحباب صفات أخرى ظاهرٍ استحبابهُ؛ كسلامة أطرافه، وبهجة صورته، وزيادة ورعه، وحسن الأحدوثة عنه، وخلوه عن الشبهات في الاعتقادات، وتضلعه في علم الشروط والأقضية والحكومات، فإنها أمر وراء

1- سورة الزخرف : الآية (18).
2- انظر: السعدي : تيسير الكريم الرحمن (2 / 1060).
3- سورة الأحزاب : الآية (33).

الفقه، وكذلك استمداده من علم الأدب المانع من اللحن والسقط ، واتصافه بكل جميلة تزيده هيبة في النفوس، وعظمة في العقول، وخلوه من كل ما ينقص من قدره، ومنزلته،في أقواله وأفعاله، وخلوته وجلوته [1].

ويستوقفني بعد هذه الشروط التي قَلَّما توجد في قاضٍ في زماننا هذا؛ حيث القضاة المقلدون، أن الشيخ أبا بكر الطرطوشي رحمه الله كان يقول :**"وجمهور المقلدين في هذا الزمان لا تجد عندهم من آثار الصحابة والتابعين كبير شئ،وإنما مصحفهم مذهب إمامهم"**[2].

وقد قال الإمام مالك – رحمه الله - لا أرى خصال القضاء اليوم تجتمع في واحد، فإن اجتمع منها خصلتان وُلِّي القضاء، وهما العلم والورع [3].

وقال ابن حبيب : فإن لم يكن فالعقل والورع؛ فإنه بالعقل يسأل ، وبالورع يعف [4].

هذا في زمانهم، فكيف الحال في زماننا؟! فإن لم تتوفر الشروط السابقة، وتعذر وجودها في زماننا، فإن هذا لا يعني سدَّ باب القضاء، وتعطيل مصالح الناس؛ فإنه لا بد لهم من قاضٍ، فينتخب لهذا المنصب أصلحُ الموجودين، وأقلهم ضرراً ومفسدة؛ قال تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [5] .

وهذا ما أكده شيخ الإسلام ابن تيمية–رحمه الله– إذ قال: " ليس عليه– أي الوالي– أن يستعمل إلا أصلح الموجود، وقد لا يكون في موجوده من هو أصلح لتلك الولاية، فيختار الأمثل فالأمثل في كل منصب بحسبه " [6] .

الفرع الثاني : صلاحيات القاضي :-

إن صلاحيات القاضي منوطة بما أُوكل إليه من اختصاصات، فلا يجوز للقاضي الخروج

1- انظر: ابن أبي الدم : أدب القضاء (ص : 42).
2- ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 23).
3- المرجع السابق(24/1).
4- نفس المرجع (1 / 24).
5- سورة التغابن : الآية (16).
6- ابن تيمية : الفتاوى (28 / 253).

عما خصص له الحكم فيه، ويعتبر بحث اختصاص المحكمة أو القاضي من أدقِّ المباحث؛ إذ ليس له حدود مقررة، وليس لذلك تقدير في الشرع، وإنما يرجع إلى الاجتهاد، والمـصلحة، وتحقيق العدل، ومراعاة الأحوال والأزمان والأماكن، وقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما لا يدخل في غيرها، وكذا العكس، وللقاضي في الشريعة اختصاص عام إذا كانت ولايته عامة، واختصاص خاص إذا كانت ولايته خاصة ومحدودة [1].

وقد كانت اختصاصات القاضي وصلاحياته في الحكم الإسلامي ضيقة، ثم اتسعت بمرور الزمن؛ ففي عهد الخلفاء الراشدين كان حكم القاضي قاصراً على فصل الخصومات المدنية، أما القصاص، والحدود؛ فكان يرجع إلى الخلفاء ، وولاة الأمصار؛ وذلك لأن الخليفة هو صاحب الحق الأول في إقامة أحكام الإسلام؛ فالولاية له، وهو ينيب عنه مَنْ أراد، ويُخَوِّلُهُ الصلاحياتِ التي يريد [2] .

وترجع صلاحيات القاضي واختصاصه إلى الكتاب الذي يكتبه الإمام – أو المسؤول عن تعيين القضاة – للقاضي عند تقليده وتعيينه [3].

هذا، وقد تكون ولاية القضاء عامة، أو خاصة، **وبيان ذلك في البندين التاليين:-**

البند الأول: الولاية العامة :-

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة [4] على أن سلطة القاضي إذا كانت ولايته عامة

1- انظر: محمد الزحيلي : أصول المحاكمات (ص : 84).

2- انظر: محمد أبو فارس : القضاء في الإسلام (ص : 78).

3- انظر: محمد الزحيلي : أصول المحاكمات (ص : 84).

4- انظر : الطرابلسي : معين الحكام (ص : 11، 13) ، ابن جزي : القوانين الفقهية (ص :321)، الماوردي : الأحكام السلطانية(ص : 138)، المرداوي : الإنصاف (11 / 162)، ابن قدامة: المغني (89/14)وما بعدها، الفراء: الأحكام السلطانية (ص : 65 ، 70).

تشمل أموراً متعددة، منها ما هو قضاء وفصل في المنازعات، ومنها أعمال أشبه ما تكون بالحسبة، وأعمال المحتسب.

يقول الماوردي [1] : ولا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص؛ فإن كانت ولايته عامة مطلقة التصرف في جميع ما تضمنته؛ **فنظره مشتمل على عشرة أحكام:-**

أحدها : فصل المنازعات، وقطع التشاجر والخصومات، إما صلحاً عن تراضٍ، ويراعي فيه الجواز، أو إجباراً بحكم باتٍ يعتبر فيه الوجوب، وهو جوهر القضاء.

الثاني : استيفاء الحقوق ممن مَطَلَ بها، وإيصالها إلى مستحقيها بعد ثبوت استحقاقها من أحد وجهين: إقرارٍ، أو بينة.

الثالث : ثبوت الولاية له على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفهٍ أو فَلَسٍ؛ حفظاً للأموال على مستحقيها، وتصحيحاً لأحكام العقود فيها .

الرابع : النظر في الأوقاف؛ بحفظ أصولها، وتنمية فروعها، والقبض عليها، وصرفها في سبيلها، فإن كان عليها مستحق للنظر فيها راعاه ، وإن لم يكن تولاه.

الخامس : تنفيذ الوصايا على شروط الموصين فيما أباحه الشرع، ولم يحظره.

فإن كانت لمعينين كان تنفيذها بالإقباض، وإن كانت في موصوفين كان تنفيذها أن يتعين مستحقوها بالاجتهاد، ويُمَلَّكوا بالإقباض، فإن كان فيها وصيٌّ راعاه، وإن لم يكن تولاه، ولو بتوكيل من ارتضاه .

السادس : تزويج الأيامى [2] بالأكفاء، إذا عُدِمْنَ الأولياء، ودُعين إلى النكاح.

1- انظر : الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 138، 139) ، الفراء : الأحكام السلطانية (ص : 65،66)، البهوتي : كشاف القناع (6 / 311).

2- الأيامى : جمع أيم وهي من النساء من لا زوج لها ، بكراً كانت أو مطلَّقة أو أرملة ، ومن الرجال من لا امراة له ، تزوج من قبل أو لم يتزوج ، قلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص : 99).

السابع: إقامة الحدود على مستحقيها؛ فإن كان من حقوق الله تعالى تفرّد باستيفائه من غير طالب، إذا ثبت بإقرار، أو بينة، وإن كان من حقوق الآدميين كان موقوفاً على طلب مستحقه.

والثامن: النظر في مصالح عمله؛ من الكف عن التعّدي في الطرقات والأفنية، وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية، وله أن ينفرد بالنظر فيها ، وإن لم يحضره خصم .

وما أحوجنا في قطاع غزة اليوم إلى من يلجم الناس عن التعدي في الطرقات والمخيمات بالبنيان والبسطات التجارية.

والتاسع : تصفح شهوده، وأمنائه، واختيار النائبين عنه من خلفائه في إقرارهم والتعويل عليهم، مع ظهور السلامة والاستقامة، وصرفهم والاستبدال بهم مع ظهور الجرح والخيانة فيهم، **ومن ضعف منهم عما يعانيه كان مولّيه بالخيار في أصلح الأمرين:-**

(أ) إما أن يستبدل به من هو أقوىٰ منه وأكفى ، خاصة عند الخيانة والعجز.

(ب) وإما أن يضم إليه من يكون اجتماعه عليه أنفذ وأمضىٰ ، خاصة عند الضعف أو كثرة الواجبات.

والعاشر: التسوية في الحكم بين القويّ والضعيف، والعدلُ في القضاء بين المشروف والشريف، ولا يتبع هواه في إقصاء المحقّ، أو ممايلة المبطل.

فهذه الولاية العامة تعطي القاضي صلاحيات النظر في جميع القضايا والأحكام العشرة السابقة ، لكنها ليست مطبقة في زماننا هذا؛ وذلك لأن المحاكم الشرعية اليوم تقوم على الاختصاص، فهي منعقدة على خصوصها، ومقصورة النظر على ما تضمنته، فالمحاكم الشرعية الآن تنظر في مسائل الأحوال الشخصية، والوقف، والديات، وما يتعلق بها من

أمور أخرى وفقْ المذهب الحنفي الذي قامت عليه المجلة [1].

البند الثاني : الولاية الخاصة :-

إن صلاحيات القاضي متعلقة بما خُصِّصَ له النظر فيه، وما سوى ذلك فلا يعد من صلاحياته، ولا يقبل فيها حكمه، ومن هنا ورد في كتب الفقهاء تقسيم ولاية القضاء إلى أربعة أنواع [2]، وما يخص الولاية الخاصة ثلاثة منها، وهي على النحو التالي:-

1- أن يولَّى خصوص النظر في خصوص العمل، كأن يولَّى الأنكحة في بلد معين، فهنا حدد المكان والنوع، فلا يحق له أن يقضي في غير البلد المعين فيها، أو يقضي في غير اختصاصه.

قال ابن قدامة: " ويجوز أن يوليه خصوص النظر في خصوص العمل " [3].

قال الماوردي: " ويجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين، فلا يجوز أن ينفذ النظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم، وتكون ولايته على النظر بينهما باقية ما كان التشاجر بينهما باقياً، فإذا بتَّ الحكم بينهما زالت ولايته، وإن تجددت بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما إلا بإذنٍ مستجّدٍ " [4].

1- مجلة الأحكام العدلية: وهي قانون للمعاملات المالية والمدنية مستمدة من المذهب الحنفي؛ والسبب في وضعها أنه لما تأسست المحاكم النظامية في الدولة العثمانية ، وعين فيها قضاة حقوقيون غير شرعيين ؛ دعت الحاجة إلى مساعدة قضاة المحاكم النظامية ؛ لتيسير مراجعة الأحكام الفقهية لهم ؛ فصدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة لتدوين الأحكام الشرعية التي تدور كثيراً في المحاكم. فكان أن وضعت مجموعة من أحكام في المعاملات ؛ أخذاً بالراجح في المذهب الحنفي الذي تعتمده الدولة مع بعض الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة وتغير الزمن فوضعت الأحكام كمواد ذات أرقام متسلسلة ليسهل الرجوع إليها ، وقد صدرت الإرادة السلطانية من السلطان عبد العزيز خان بن محمود الثاني في شعبان سنة 1293هـ/1876م بلزوم العمل بالمجلة، محمد الزحيلي: تاريخ القضاء (ص : 453).

2- انظر : ابن قدامة: المغني (14 / 89 ، 90) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 138،143) ، الفراء : الأحكام السلطانية (ص : 65 ،70)، الفضيلات : القضاء في الإسلام (ص : 249).

3- انظر: ابن قدامة: المغني (14 / 90) .

4- الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 143).

2- أن يولّىٰ خصوص النظر في عموم العمل: مثل أن يولّىٰ الأنكحة في عموم البلدان، فهذا خصص له نوعية القضايا، مثل أن يعين قاضي القضاة نائباً عنه في النظر في قضايا النكاح، وآخر في الأموال، وثالثاً في العقوبات ... وهكذا.

قال ابن قدامة : ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: قد جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة، في جميع ولايتي، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال؛ نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها، فلا ينفذ حكمه في أكثرَ منها [1].

وقال أيضاً : ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد ، يجعل لكل واحد عملاً، فيولّي أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم في المداينات ، وآخر النظر في العقار [2].

3- أن يولّىٰ عموم النظر في خصوص العمل؛ كأنْ يولّىٰ سائر الأحكام ببلد معين، وهذا ما كان في صدر الإسلام .

قال ابن قدامة : ويجوز أن يُوَلّي - الحاكم - قاضياً عموم النظر في خصوص العمل، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلدٍ بعينه، فينفذ حكمه فيمن سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه [3] .

قال الماوردي– رحمه الله - : ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد، أو في محلة منه، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قُلِّده، والمحلة التي عُيِّنَتْ له، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئين إليه ؛ لأن الطارئ إليه كالساكن فيه ،إلا أن يقتصر به على النظر بين ساكنيه دون الغريبين والطارئين إليه فلا يتعداهم [4] .

فصلاحيات القاضي مرتبطةٌ بالزمان والمكان المحددين له ضمن اختصاصه.

1- انظر: ابن قدامة : المغني (14 / 90).
2- انظر : ابن قدامة : المغني (14 / 90) ، البهوتي : كشاف القناع (6 / 314).
3- ابن قدامة : المغني (14 / 89).
4- الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 141 ، 142).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله -:-

" وولاية القضاء يجوز تبعيضها، ولا يجب أن يكون عالماً في غير ولايته، فإن منصب الاجتهاد ينقسم، حتى ولو ولاَّه في المواريث لم يجب أن يعرف إلا الفرائض والوصايا وما يتعلق بذلك، وإنْ ولاَّه عقد الأنكحة وفسخها لم يجب أن يعرف إلا ذلك " [1].

وهذا هو المطبق في زماننا، فالمحاكم الشرعية قائمة على الاختصاص الزماني، والمكاني، والمذهبي، **فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم (1801) على الاختصاص فقالت:**

"القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان، واستثناء بعض الخصومات، فالحاكم المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط، وليس له أن يحكم قبل حلولها، أو بعد مرورها، وكذلك الحاكم المنصوب للحكم في قضاءٍ يحكم في جميع أطراف ذلك القضاء، وليس له أن يحكم في قضاء آخر، والحاكم المنصوب ليحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط، وليس له أن يحكم في محل آخر، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشأن الفلاني؛ لملاحظةٍ عادلةٍ تتعلق بالمصلحة العامة، ليس للحاكم أن يستمع إلى الدعوى ويحكم بها " [2].

وهذا أيضاً ما نَصَّ عليه قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني، فقد جاء في المادة (4) ما ينص على الاختصاص المكاني، وعليه فإن المحاكم الابتدائية بلغت نحو ستين محكمة شرعية إبتدائية فى الضفة والقطاع، وأكتفي بذكر **المحاكم فى قطاع غزة، وهي كما يلي** [3] **:-**

1- محكمة غزة الابتدائية الشرعية، فتحت في عهد الانتداب البريطاني.

2- محكمة الشيخ رضوان الابتدائية الشرعية، فتحت في عهد السلطة عام 2003 م.

1- ابن تيمية : الاختيارات الفقهية (ص : 336).

2- الباز: شرح المجلة (ص : 1167 ، 1168).

3- توصلت إلى هذه المعلومات بالرجوع وسؤال ذوى الاختصاص فى المحاكم الشرعية ، إضافة إلى أرشيف المحاكم. انظر: سيسالم وآخرين: قانون أصول المحاكمات الشرعية مادة (4)،(ص:52)، أبو سردانه قاضي القضاة: تعميم رقم (24 / 2003 م).

3- محكمة جباليا الابتدائية الشرعية، فتحت في عهد الاحتلال الصهيوني عام 1978م.

4- محكمة الشجاعية الابتدائية الشرعية، فتحت في عهد السلطة عام 2003 م .

5- محكمة المنطقة الوسطى (النصيرات)، فتحت في عهد السلطة عام 2003 م.

6- محكمة دير البلح الابتدائية الشرعية، فتحت في عهد الاحتلال الصهيوني عام1975 م .

7- محكمة خان يونس الشرعية الابتدائية، فتحت في عهد الإدارة المصرية عام 1949م.

8- محكمة بني سهيلا والقرى الشرقية الابتدائية الشرعية، فتحت في عهد السلطة مؤخراً عام 1995 م.

9- محكمة رفح الشرعية الابتدائية، فتحت في عهد الإدارة المصرية عام 1963 م .

10- محكمة الشمال الشرعية الابتدائية(جباليا سابقاً)، فتحت جديداً في عهد السلطة عام 2005 م.

وكذلك جاء في المادة (5) ما ينص على الاختصاص الموضوعي؛ حيث نص قانون أصول المحاكمات الشرعية على ما يلي:-

1- تحويل المسقفات، والمستغلات[1] الوقفية إلى إجارتين، وربطها بالمقاطعة، والتولية والحقوق التي أسست بعرف خاص في الأوقاف الصحيحة كالرقبة، وشروط الوقف ومشد المسكة[2]، والقيمة، والفلاحة، ويستثنى من ذلك دعاوى التصرف بالإجارتين والمقاطعة [3].

1- المستغلات: جمع مستغل، وهو المال الموقوف لاستثمار الغلات، والواردات المقتضية لإدارة المؤسسات الخيرية، وهذا المال قد يكون عقاراً كالكرم، والبستان، والخان، والحمام، ويكون منقولاً كالنقود الموقوفة.

2-مشد المسكة: هي استحقاق الزراعة في أرض الغير، وهو ما يعبر عنه في عرف القانون "حق القرار"، وفي عرف الفقهاء "الكردار" وهو ما يصرفه مستاجر أرض موقوفة من الأتعاب في إصلاح تلك الأرض؛ كالفلاحة، والتسميد، والخدمة، وهذا إذا كان في الأراضي الموقوفة وقف صحيح يكسب صاحبه حق الأرجحية باستئجار تلك الأرض ببدل المثل سنوياً؛ كالقميص والقيمة، وإن كان في الأوقاف غير الصحيحة أى الأراضي الأميرية فيتبع أحكام المواد المخصوصة من قانون الأراضي، انظر: الإنترنت: شبكة القمم الإسلامية.

3- بالرجوع إلى ذوي الاختصاص فى المحاكم الشرعية، وسؤالهم عن هذا البند، قالوا : لا بد من تعديله؛ فإن هذه المصطلحات قديمة ، وعليه فإنه يجب العمل على صياغة قانون يوافق مستجدات هذا العصر، ومن ذلك مشروع قانون أصول المحاكمات الشرعية لسنة 2004 م.

2- مداينات أموال الأوقاف، والأيتام التي جرت بحجة شرعية.

3- الولاية، والوصية، والإرث.

4- الحجر، وفكه، وإثبات الرشد.

5- نصب وصي القاضي، ومتولي الوقف، والقيم على الغائب، وعزلهم.

6- المفقود.

7- الدعاوىٰ المتعلقة بالنكاح، والافتراق، والمهر،والنفقة، والنسب، والحضانة، وتحرير التركات الموجبة للتحرير، وتقسيمها بين الورثة، وتعيين حصص الورثة الشرعية، والدعاوى المتعلقة بالتركة المنقولة والدية[1]، والأرش[2] وإنشاء الوقف، والدعاوىٰ المتعلقة بصحة الوقفية[3].

1- الدية: جمع ديات، وهي المال الواجب في إتلاف نفوس الآدميين، قلعه جي: معجم لغة الفقهاء(ص:212).

2- الأرش: بالهمزة المفتوحة وسكون الراء، جمع أُرُوش، وهي ما وجب من المال في الجناية على مدلول النفس، قلعه جي: معجم لغة الفقهاء(ص:54).

3- سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية(10 / 124)، من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني، مادة (5).



المبحث الثاني

تعريف الاجتهاد وحكمه، وتجزؤه، وشروط المجتهد، ومراتبه

إن الاجتهاد ضروري لبقاء الشريعة الإسلامية، وحياتها واستمرارها؛ ذلك أن الحوادث متجددة غير محصورة، فكان من حكمة الله أن شرع للمسلمين الاجتهاد، يستنبطون بواسطته الأحكام من نصوص الشريعة وقواعدها العامة.

وقد تناولت في هذا المطلب معنى الاجتهاد عند أرباب اللغة، وأهل الاصطلاح، وبينتُ حكمه، ثم ذكرتُ شروط المجتهد، ومراتب المجتهدين، بالاضافة إلى تجزؤ الاجتهاد، وذلك في المطالب الخمسة الآتية:-

المطلب الأول

الاجتهاد لغة و اصطلاحاً

يتناول هذا المطلب تعريف الاجتهاد عند أهل اللغة والاصطلاح، **على النحو التالي:**

أولاً: الاجتهاد لغة: الجُهْد بالفتح: المشقة، وبالضم الطاقة، وهو عبارة عن بذل المجهود، واستفراغ الوسع، في تحقيق أمر من الأمور.

ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة ومشقة، فيقال: اجتهد في حمل الرحى [1]، ولا يقال: اجتهد في حمل خردلة [2] أو نواة [3].

ثانياً: الاجتهاد اصطلاحاً: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاجتهاد إلى عدة ألفاظ؛ أذكر أربعة منها، **على النحو التالي:-**

1- الرَّحَى : الرحى مفرد (أَرْحٍ) و (أَرْحَاء) وهي الطاحون البيتي والضرس، انظر : مادة (ر ح ي) الفيومي: المصباح المنير (ص : 117) .

2- الخَرْدَلة : مفرد الخردل؛ وهو نبات له حب صغير أسود يستعمل في التوابل والطبّ، وهي من الأوزان الدقيقة، وتساوي حبة الخردل جزءاً من ستة أجزاء من حبة الشعير، وعلى هذا فحبة الخردل تساوي (0.01033) غراماً. قلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص : 194) .

3- انظر : مادة (جهد)، ابن منظور : لسان العرب (397/2) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط(296/1)، إبراهيم أنيس وآخرين: المعجم الوسيط (1 / 142)، الفيومي: المصباح المنير(ص: 62).

1- عرفه الإمام الغـــزالي فقـــال:"**هـو بـذل المجتهـد وسـعه في طلـب العلـم بأحكـام الشريعة**"[1].

2- وقال ابن قدامة:" **هو بذل المجتهد ما في وسعه في طلب العلم بأحكام الشرع** "[2]، وهو قريب من تعريف الغزالي.

يؤخذ على تعريفي الغزالي وابن قدامة : أن ثمرة الاجتهاد لا تقتصر علـــى الأحكـــام اليقينية المعبر عنها بالعلم؛ إذ المراد به القطع، وهو ما يقابل الظن، وإنما يكون أغلبها ظناً.

3- وعرفه الآمدي بأنه: " **استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجهٍ يُحِسُّ من النفس العجزَ عن المزيد فيه** "[3] .

وهو قريب من قول ابن الحاجب؛ إذ عرَّفه بقوله : " **هو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي**"[4].

ويؤخذ على تعريف الآمدي وابن الحاجب: أنه غيرُ جامعٍ لجميع أفـــراد المعـــرَّف؛ لإخراجه العلم بالأحكام، وغيرُ مانع من دخول بعض أفراد غير المعرف فيه؛ لإدخاله الظـــنَّ غيرَ المعتبر، مع أنه ليس دليلاً شرعياً.

4- وقد عرفه الإمام البيضاوي بقوله:" **استفراغ الجهد في درك الأحكـام الـشرعية**"[5] وهو أقرب تعريف للاجتهاد، وهو المختار عندي.

محترزات التعريف :-

الاستفراغ: هو بذل الوسع والطاقة؛ ليخرج عنه اجتهاد المقصر في اجتهاده، مع

1- الغزالي : المستصفى (4 / 4) .
2- ابن قدامة: روضة الناظر(959/3).
3- الآمدي : الإحكام (4 / 396) .
4- الأصبهاني : بيان المختصر (2 / 805).
5- الإسنوي : نهاية السول (2 / 1025) .

إمكان الزيادة عليه؛ فإنه لا يُعَدُّ في اصطلاح الأصوليين اجتهاداً، وهو جنس في التعريف [1].

درك الأحكام : أيْ فهم الأحكام، وإدراكها، وهو أعم من أن يكون الحكم فيها على سبيل القطع أو الظن، تمييزاً له عما كان دليله منها قطعياً؛ كالعبادات الخمس ونحوها؛ فإنها ليست محلاً للاجتهاد فيها [2].

الأحكام الشرعية: قيد ليخرج عنه الاجتهاد في المعقولات والمحسوسات واللغويات [3] .

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:-

إن المجتهد يبذل وسعه، ويستفرغ غاية جهده؛ بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه للوصول إلى الأحكام الشرعية؛وكأن المجتهد عندما يصل إلى معرفة الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية يتكلف المشقة والعناء والجهد في الوصول إلى ما نزل من أحكام شرعية.

الخلاصة :-

إن تعريف العلماء للاجتهاد يرجع إلى النظر فيه باعتبار المعنى المصدري الذي هو فعل المجتهد، وهو ما جرت عليه عادة الأصوليين بتعريفه غالباً .

وعليه؛ فإن الاجتهاد هو عملية يتم من خلالها استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : حكم الاجتهاد :-

إن الاجتهاد تَعْرِضُ له الأحكام التكليفية الخمسة؛ فإذا وقعت حادثة لشخص، أو سئل عنها ؛ فإن حكم الاجتهاد في حقه قد يكون فرضاً عينياً، أو كفائياً، وقد يكون مستحباً، أو مباحاً، وقد يكون مكروهاً، أو محرماً [4]، **وذلك على النحو التالي:-**

1-انظر: الآمدي : الإحكام (4 / 396).

2- انظر: الآمدي : الإحكام (4 / 398).

3- انظر: ابن قدامة : روضة الناظر (3 / 959).

4- انظر : الزركشي : البحر المحيط (6 / 207) ، البزدوي: كشف الأسرار (4 / 20،21)، القرافي : نفائس الأصول (4 / 514) ، اللكنوي : فواتح الرحموت (2 / 404) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 169) ، وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي (2 / 1066) ، الخضري : أصول الفقه (ص : 367).

1- **الوجوب العيني:** يجب على المجتهد أن يجتهد في موضعين:-

(أ) في حق نفسه بأن ينظر فيما طرأ له من حوادث، فإذا أداه اجتهاده إلى حكم لزمه العمل به، ولا يجوز له أن يقلد غيره من المجتهدين في حق نفسه، ولا في حق غيره؛ لأن حكم المجتهد هو حكم الله في المسألة التي اجتهد فيها بحسب ظنه الغالب، والمجتهد ينبغي عليه العمل بما غلب على ظنه أنه حكم الله تعالى.

(ب) وكذلك يكون الاجتهاد فرضَ عينٍ عليه، إذا سئل عن حادثة وقعت، وخاف فواتها على غير وجهها الشرعي، ولم يوجد غيره؛ لأن عدم الاجتهاد يقضي بتأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهو ممنوع شرعاً.

2- **الاجتهاد المستحب:** وذلك إذا لم يتعين المجتهد ؛ بأن كان هناك غيره يمكن الرجوع إليه، أو كان متعيناً، ولكن المسائل التي يراد بيان أحكامها لا يُخَافُ فواتها، ويمكن أن يعبر عنه بالواجب الكفائي؛ لأنه يستحب في هذا النوع من الواجبات أن يبادر الإنسان القادر عليه إلى فعله.

3- **الاجتهاد المباح:** وذلك إذا كان المجتهد أهلاً، وكانت المسألة مما يمكن وقوعه، وكان الوقت مُتَّسعاً، وفي القوم مجتهدون آخرون.

4- **الاجتهاد المكروه:** كالاجتهاد في حكم حادثة لم تحصل، ويستبعد وقوعها، سواء سُئِل عنها أم لم يُسْأَلَ .

5- **الاجتهاد المحرم:** وذلك إذا لم يكن المجتهد أهلاً، ولم توجد الحاجة لذلك، وكذلك الاجتهاد في مقابل نص قاطع من كتاب، أو سنة، أو إجماع.

المطلب الثالث

شروط المجتهد

إنَّ رتبة الاجتهاد واستنباط الأحكام مسؤولية خطيرة؛ لأن ذلك يتضمن الإخبار عن حكم الله، والاجتهاد عرضة للخطأ، وهذا يترتب عليه -لو وقع- آثار سيئة على الأجيال اللاحقة، بحيث تكون تلك الأخطاء الاجتهادية سبباً في ضلال من يأخذ بها، وفي ابتعادهم

عن الكتاب والسنة، لذلك صار منصب الاجتهاد منصباً عالياً لا يناله إلا من توافرت فيه المؤهلات العلمية، ولما كان منصب الاجتهاد بهذه الخطورة، فقد وضع العلماء شروطاً لمن يتولى هذا المنصب؛ لأجل تلافي الأخطار الناجمة عن اجتهاد من لا تتوفر فيه تلك الشروط، واعتبار اجتهاده غير معترف به، ولا يجوز العمل به، وهذه الشروط تكلم الأصوليون عنها، وهم بين مختَصِرٍ ومطول [1] **وما وقفت عليه منها عشرة كما يلي :-**

الأول : أن يعرف معاني آيات الأحكام المذكورة في القرآن الكريم :-

ولا يشترط معرفة جميع القرآن؛ بل ما يتعلق منه بالأحكام، وهو خمسمائة آية [2]، ولا يشترط حفظها، بل أن يكون عالماً بمواقعها، حتى يطلب منها الآية عند الحاجة [3].

وأرى أن هذا هو أدنى نصاب الفهم والإلمام بالقرآن؛ لأن كثيراً من الأحكام تؤخذ من القصص وغيرها من الآيات، بالإضافة إلى أن الحفظ يُسَهِّلُ عليه الوصول إلى مبتغاه بسرعة.

الثاني : معرفة ما يحتاج إليه من السنن المتعلقة بالأحكام :-

إن الأحاديث النبوية – رغم كثرتها – مضبوطةٌ في الكتب، ولا يلزم المجتهد معرفة ما يتعلق من الأخبار بالمواعظ، وأحكام الآخرة، وإنه لا يلزمه حفظها؛ بل أن يكون عنده أصل مصحح مشتمل على الأحاديث المتعلقة بالأحكام؛ كسنن أبي داود، ومعرفة السنن للبيهقي، أو أصل وقعت العناية فيه بجميع الأحاديث المتعلقة بالأحكام، ويكفيه أن يعرف مواقع كل باب، فيراجعَه وقت الحاجة إلى الاجتهاد،وإن كان يقدر على حفظه فهو أحسن وأكمل [4].

1- انظر: الغزالي: المستصفى(4 /5)، البزدوي: كشف الأسرار(4 / 21،22)، الرازي: المحصول(6 / 21)، الزركشي: البحر المحيط(4 / 489)، الدركاني: التلقيح شرح التنقيح(ص: 435)، ابن قدامة: روضة الناظر (3 / 960).

2- الغزالي : المستصفى (3 / 960).

3- انظر : الرازي : المحصول (6 / 23) ، القرافي : نفائس الأصول (4 / 523).

4- الغزالي : المستصفى (4 / 7)، الرازي: المحصول (23/6) ، الزركشي : البحر المحيط (490/4).

الثالث: الإجماع :-

على المجتهد أن يعرف مواقع الإجماع حتى لا يُفتي بخلافه، ولا يلزمه حفظ جميعه؛ بل يكفيه أن كَّلَ مسألة يُفتي فيها يعلم أن فتواه ليست مخالفة للإجماع.

وإنما يوافقه مذهب عالم، أو تكون الحادثة متولدة في عصره، ولم يكن لأهل الإجماع فيها خوض [1].

الرابع: القياس :-

وعليه أن يعرفه بشروطه وأركانه؛ فإنه مناط الاجتهاد، وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه، ويحتاج إليه في بعض المسائل، فمن لا يعرف ذلك لا يمكنه الاستنباط [2]، ولا يكون ذلك إلا إذا كان عارفاً بالأصل، وبحكم الأصل، وظاناً لعلته، وعالماً بثبوتها في الفرع، أو ظاناً لذلك؛ ليصح أن يطلب الحكم في الأصل، فيعديه إلى الفرع؛ لأجل وجود العلة فيه، ويعرف الفرع نفسه؛ ليصح أن يعرف ثبوت العلة وحكمها فيه [3].

الخامس: معرفته بعلم الأصول كالناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة [4] :-

وذلك في آياتٍ وأحاديثَ مخصوصة؛ مخافة أن يقع في الحكم بالمنسوخ المتروك، ولهذا قال علي – رضي الله عنه - لقاضٍ: أتعرف الناسخ والمنسوخ؟ قال: لا، قال: هلكت وأهلكت[5].

1- انظر: الغزالي: المستصفى (8/4)، الزركشي: البحر المحيط (491/4)، القرافي : نفائس الأصول(523/4)، ابن قدامة: روضة الناظر (962/3).

2- انظر: الزركشي : البحر المحيط (491/4).

3- انظر: الإسمندي : بذل النظر في الأصول (ص : 69).

4- انظر: الغزالي: المستصفى(13/4)، الزركشي: البحر المحيط (493/4)، البزدوي: كشف الأسرار(23/4)، الآمدي : الإحكام (396/4).

5- انظر: البيهقي: السنن الكبري(117/10)، ابا شيبة: المصنف (292/5).

وكذلك معرفة وجوه النص في العموم[1] والخصوص والمجمل[2] والمفسر[3] والمقيد[4] والمطلق[5].

السادس : معرفة حال الرُّواة في القوة والضعف :-

وهو يخص السنة بمعرفة الرواية، وتمييز الصحيح منهما من الفاسد، والمقبول من المردود، فإن ما لا ينقله العدل عن العدل فلا حجة فيه [6].

السابع : أن يكون عارفاً بلسان العرب، وموضوع خطابهم؛ من النحو واللغة؛ ليفهم بذلك القرآن والحديث؛ إذ هما بلسان العرب، فلا يمكن استنباط الأحكام منهما إلا بفهم كلام العرب، إلى حّدٍ يميز بين صريح الكلام وظاهره، ومجمله، ومُبَيَّنه، وحقيقته ومجازه، وعامِّه، وخاصِّه، ومحكمه، ومتشابهه، ومطلقه، ومقيده، ولا يشترط أن يبلغ

1- العموم:هو اللفظ الدال على استغراق جميع أفراده،والخاص ما ليس بعام، الخضري: أصول الفقه(ص: 147).

2- المجمل : هو اللفظ الذي خفي من ذاته خفاء جعل المراد منه لا يدرك إلا ببيان من الُمجْمِل ، سواء أكان ذلك الخفاء لانتقال اللفظ من معناه الظاهر في اللغة إلى معنى مخصوص أراده الشارع، أم كان لتزاحم المعاني المتساوية، أو كان لغرابة اللفظ نفِسه . محمد أديب صالح : تفسير النصوص (277/1،278) .

3- المفسَّر : هو اللفظ الذي يدل على الحكم دلالة واضحة ، لا يبقي معها احتمال للتأويل ، أو التخصيص، ولكنه مما يقبل النسخ في عهد الرسالة . محمد أديب صالح : تفسير النصوص (165/1) .

4- المقيد: ما دل على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل لفظاً؛ نحو قوله تعالي:﴿ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾(النساء: من الآية92) ، الخضري : أصول الفقه (ص : 192) .

5- المطلق : هو ما دل على فرد من أفراد شائعة بدون قيد مستقل لفظاً ، نحو قوله تعالى في كفارة اليمين : ﴿أو تحرير رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ المائدة : من الآية (89)، الخضري : أصول الفقه (ص : 192).

6- انظر : الغزالي : المستصفى (13/4)، الزركشي : البحر المحيط (493/4).

درجة الخليل بن أحمد [1] والمبرد [2]، وأن يعرف جميع اللغة، ويتعمق في النحو؛ بل القدر الذي يتعلق بالكتاب والسنة، ويستولي به على مواقع الخطاب ودرك دقائق المقاصد منه [3].

الثامن: أن يدرك مقاصد الشريعة العامة في استنباط الأحكام؛ لأن فهم النصوص وتطبيقها على الوقائع متوقف على معرفة هذه المقاصد، فمن يريد استنباط الحكم الشرعي من دليله يجب أن يعرف أسرار الشريعة ومقاصدها العامة في تشريع الأحكام؛ لأن دلالة الألفاظ على المعاني قد تحتمل أكثر من وجه، ويرجحُ واحداً منها ملاحظةُ قصد الشارع، كما أن الأدلة الفرعية قد تتعارض مع بعضها، فيؤخذ بما هو الأوفق مع قصد الشارع وقد تحدث أيضاً وقائع جديدة لا يعرف حكمها بالنصوص الشرعية، فيلجأ إلى الاستحسان [4]، أو المصلحة المرسلة[5]، أو العرف[6]، ونحوها، بواسطة مقاصد الشريعة العامة من التشريع [7].

التاسع: أن يكون مكلفاً حال الاجتهاد؛ بمعنى أن يكون بالغاً عاقلاً [8].

العاشر: العدالة : وذلك بأن يكون مستقيماً في أحواله، محافظاً على مروءته، صادقاً فيما يقوله، موثوقاً به، **ويفسر لنا الماوردي العدالة بقوله:** " أن يكون صادق اللهجة ظاهر

1- الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي الأزدي ، من أئمة اللغة والنحو، وهو واضع علم العَروض، وهو أستاذ سيبويه في النحو ، ولد سنة 100 هـ بالبصرة ، وكان فقيراً صابراً . انظر الأعلام : للزركلى(363/2) .

2- المبرد : هو محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الشمالي الأزدي ، إمام العربية ببغداد في زمنه ، وأحد أئمة الأدب والأخبار، ولد بالبصرة سنة 210 هـ. انظر: الخطيب البغدادي تاريخ بغداد(380/3)، الأعلام: للزركلي (15/8).

3- انظر : الغزالي : المستصفى (12/4) ، البزدوي: كشف الأسرار (23/4) ، الآمدي : الإحكام(396/4)، الغرناطي : تقريب الوصول (ص : 436) .

4- الاستحسان : هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي ، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقدح في عقله رجح لديه هذا العدول . خلاف : علم أصول الفقه (ص : 88).

5- المصلحة المرسلة : هي المصلحة التي لم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها وسميت مرسلة؛ لأنها مطلقة لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء . خلاف : أصول الفقه (ص : 93) .

6- العرف : هو ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول. محمود العدوي وآخرون : الموجز في أصول الفقه (ص : 297).

7- انظر : الشاطبي : الموافقات (17/2) ، وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي (1077/2).

8- انظر: ابن عابدين:حاشية رد المحتار(38/8)، محمود العدوي وآخرين: الموجز في أصول الفقه(ص:292).

الأمانة، عفيفاً عن المحارم متوقياً المآثم، بعيداً من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه "[1].

الخلاصة:-

إن المجتهد لا بد أن يكون محيطاً بأدلة الشـــرع في غالب الأمر، متمكناً مـــن اقتبـــاس الأحكام منها، عارفاً بحقائقها ورتبها، عالماً بتقديم ما يتقدم منها، وتأخير ما يتأخر.

وليس من شرط المجتهد أن يكون عالماً بكل مسألة تَرِدُ عليه؛ فقد سئل مالك- رحمـــه الله- عن أربعين مسألةً، فقال: في ستٍّ وثلاثين منها: لا أدري، **وكثيراً ما كـــان يقـــول الشافعي:** لا أدري [2].

وتوقف كثير من الصحابة في مسائل، **وقال بعضهم:** من أفتى في كل ما سئل عنه فهـو مجنون [3].

إن هذه الشرائط إنما هي في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الأحكام، وأمـــا المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم [4].

المطلب الرابع

مراتب المجتهدين

قال الإمام علاء الدين علي بن سلمان المرداوي في كتابه الإنصاف [5]:واعلم أن المجتهد ينقسم إلى أربعة أقسام: **وهي كما يلي :-**

القسم الأول : المجتهد المطلق المستقل :-

وهو الذي استقل بقواعد لنفسه بغير تقليد، أو تقيد بمذهب أحد، وهو الذي اجتمعت

1- الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 131).

2- الغزالي: المستصفى (17/4).

3- انظر: الزركشي: البحر المحيط (495/4)، الأصبهاني : بيان المختصر (806/2).

4- انظر: الدركاني: التلقيح (ص : 435).

5- انظر : المرداوي: الإنصاف (12/ 258)وما بعدها، النووي : المجموع (1 / 75)وما بعدها.

فيه شروط الاجتهاد [1]، ومن زمن طويل عَدِمَ المجتهد المطلق، مع أنه الآن أيسر منه في الزمن الأول؛ لأن الحديث والفقه قد دُوِّنا، وكذا ما يتعلق بالاجتهاد من الآيات والآثار، وأصول الفقه، والعربية، وغير ذلك، لكن الهمم قاصرة، والرغبات فاترة، وهو فرض كفاية، قد فُرِضَ كفاية، وقد أهملوه وملوه، و لم يعقلوه ليفعلوه.

القسم الثاني: المجتهد غير المستقل:-

وفيه أربعة أنواع:-

(أ) المجتهد المنتسب:-

وهو الذي وجدت فيه شروط الاجتهاد التي اتصف بها المجتهد المستقل، ثم لم يبتكر لنفسه قواعد؛ بل سلك طريقة إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد ، فهو مطلق منتسب، لا مستقل ولا مقيد؛ إذ إنه لم يقلد إمامه، ولكنه سلك طريقته في الاجتهاد؛ مثل أبي يوسف، ومحمد، وزفر [2] من الحنفية، وابن القاسم، وأشهب [3] من المالكية، والبويطي[4]، والزعفراني[5]،

1- سبق ذكر شروطه(ص : 57).

2- سبق ترجمته(ص:40).

3- أشهب : الإمام العلامة ابن عبد العزيز ابن داود ، بن إبراهيم ، أبو عمرو القيسي، العامري ، المصري الفقيه، يقال: اسمه مسكين، وأشهب لقب له، ولد سنة أربعين ومائة، وقال الشافعي فيه: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه، كان على خراج مصر، وكان صاحب أموال وحشم ، مات لثمان بقين من شعبان سنة أربع ومائتين. الذهبي: سير أعلام النبلاء (500/9).

4- البويطي : هو الإمام العلامة، سيد الفقهاء ، يوسف أبو يعقوب بن يحيى المصري البويطي، صاحب الإمام الشافعي، لازمه مدة، وتخرج به، وفاق الأقران، وكان إماماً في العلم، قدوة في العمل، زاهداً ربانياً، متهجداً، دائم الذكر والعكوف على الفقه قال الشافعي في حقه: ليس في أصحابي أحد أعلم من البويطي، ومات الإمام البويطي في قيده مسجوناً بالعراق في سنة إحدى وثلاثين ومائتين. الذهبي : سير أعلام النبلاء (58/12).

5- الزعفراني : هو الإمام العلامة، شيخ الفقهاء والمحدثين، أبو علي، الحسن بن محمد بن الصباح، البغدادي الزعفراني، نسبة إلى الزعفرانية، وهي قرية بقرب بغداد، والمحلة التي ببغداد تسمي درب الزعفراني ، منسوبة إلى هذا الإمام لأنه أقام بها ، وكان مقدماً في الفقه والحديث ثقة جليلا ، عالي الرواية ، كبير المحل ، توفي أبو علي ببغداد في سلخ شعبان سنة ستين ومائتين ، وهو في عشر التسعين . الذهبي : سير أعلام النبلاء (262/12) .

والمزني [1] من الشافعية.

(ب) **المجتهد المقيد، أو مجتهد التخريج:-**

وهو أن يكون مجتهداً مقيداً في مذهب إمامه، مستقلا بتقرير أصوله بالدليل، غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده.

وشرطه كونه عالما بالفقه وأصوله، وأدلة الأحكام تفصيلاً، بصيراً بمسالك الأقيسة والمعاني، تام الارتياض في التخريج والاستنباط، قيما بإلحاق ما ليس منصوصاً عليه لإمامه بأصوله ولا يعرى عن ثوب تقليد له؛ لإخلاله ببعض أدوات المستقل؛ بأن يخل بالحديث أو العربية، وكثيراً ما أخل بهما المقيد، ثم يتخذ نصوص إمامه أصولا يستنبط منها؛ كفعل المستقل بنصوص الشرع، وربما اكتفى في الحكم بدليل إمامه، ولا يبحث عن معارض كفعل المستقل في النصوص .

(ج) **مجتهد الترجيح :-**

وهو أن لا يبلغ رتبة أصحاب الوجوه [2]، لكنه فقيه النفس، حافظ مذهب إمامه عارف بأدلته، قائم بتقريرها، يصور، ويحرر، ويقرر، ويمهد، ويزيف، ويرجح، لكنه قصر عن أولئك " **المجتهدين** "؛ لقصوره عنهم في حفظ المذهب، أو الارتياض في الاستنباط أو معرفة الأصول ونحوها من أدواتهم؛ مثل القدوري [3] والمرغيناني صاحب الهداية

1- المزني : هو الإمام العلامة ، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري تلميذ الشافعي ، ولد سنة موت الليث بن سعد سنة خمس وسبعين ومائة ، قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي ، وتوفي في رمضان لست بقين منه سنة أربع وستين ومائتين، وله تسع وثمانون سنة . الذهبي : سير أعلام النبلاء (492/12).

2- أصحاب الوجوه : ويسمى صاحب هذه المرتبة : الرباني ، والحكيم ، والراسخ في العلم ، والعالم ، الفقيه، والعاقل؛ لأنه يربي بصغار العلم قبل كباره ، ويوفي كل أحد حقه حسبما يليق به ، وقد تحقق بالعلم وصار له كالوصف المجبول عليه ، وفهم عن الله مراده من شريعته ، وهم أصحاب القسم الأول.الشاطبي : الموافقات (233/5).

3- القدوري : شيخ الحنفية ، أبو الحسين ؛ أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان ، البغدادي القدوري، قال الخطيب: كتبت عنه، وكان صدوقاً ، انتهت إليه بالعراق رئاسة الحنفية ، وعظم وارتفع جاهه ، وكان حسن العبارة، جريء اللسان، مديماً للتلاوة، مات في رجب سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وله ست وستون سنة . الذهبي: سير أعلام النبلاء (574/17).

من الحنفية إلى أواخر المائة الرابعة، من المصنفين الذين رتبوا المذهب وحرروه، وصنفوا فيه تصانيف فيها معظم اشتغال الناس اليوم، ولم يلحقوا الذين قبلهم في التخريج، وأما فتاواهم، فكانوا يتبسطون فيها تبسط أولئك، أو قريباً منه، ويقيسون غير المنقول عليه، غير مقتصرين على القياس الجلي [1]، ومنهم من جمعت فتاواه، ولا تبلغ في التحاقها بالمذهب مبلغ فتاوى أصحاب الوجوه.

(د) **مجتهد الفتيا :-**

هو من يقوم بحفظ المذهب، ونقله، وفهمه في الواضحات والمشكلات، ولكن عنده ضعف في تقرير أدلته، وتحرير أقيسته، فهذا يعتمد نقله وفتواه فيما يحكيه من مسطورات مذهبه من نصوص إمامه، وتفريع المجتهدين في مذهبه.

وما لا يجده منقولا إن وجد في المنقول معناه، بحيث يدرك بغير كبير فكر أنه لا فرق بينهما؛ جاز إلحاقه به، والفتوى به.

وكذا ما يعلم اندراجه تحت ضابط ممهد في المذهب، وما ليس كذلك يجب إمساكه عن الفتوى فيه.

فهؤلاء من يحق لهم الاجتهاد، والإفتاء، ومن عداهم فمتكلف متخلف، قد دنا بنفسه عن رتبة المشتغلين، وقصر عن درجة المحصلين، فهو مكذلك [2] مع المكذلكين، وإن ساعد القدر، واستقل بالجواب، فيكون جوابه: كذلك قالوا، يجوز شرطه، ويصح شرطه، ويجوز ما لم يمنع منه مانع شرعي، ويرجع في ذلك إلى رأي الحاكم، نحو ذلك من الأجوبة التي يستحسنها كل جاهل، ويستحي منها كل فاضل [3].

1- القياس الجلي: هو ما علم فيه نفي اعتبار الفارق بين الفرع والأصل ، كقياس الأَمَةِ على العبد في أحكام العتق من التقويم على من أعتق بعضها؛ حيث من المقرر في السنة أن من أعتق بعض عبده عتق عليه العبد، وسعى في قيمة البعض الآخر كالمكاتَب، وكذا لو كان مملوكاً لاثنين فأعتق أحدهما نصيبه. الخضري : أصول الفقه(ص: 333).

2- المكذلك : هو قوله كذلك قالوا أو كذلك قال ، ابن القيم : أعلام الموقعين (119/6).

3- وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي (1112/1).

القسم الثالث: المجتهد في نوع من العلم:-

من عرف القياس وشروطه فله أن يفتي في مسائل منه قياسية لا تتعلق بالحديث، ومن عرف الفرائض فله أن يفتي فيها وإن جهل أحاديث النكاح وغيره.

وقيل : يجوز ذلك في الفرائض دون غيرها، وقيل بالمنع فيهما، وهو بعيد [1].

القسم الرابع : المجتهد في مسائل أو مسألة :-

وهذا ليس له الفتوى في غيرها، وأما فيها فالأظهر جوازه، ويحتمل المنع؛ لأنه مظنة القصور والتقصير.

المطلب الخامس

تجزؤ الاجتهاد

إن المقصود بتجزؤ الاجتهاد هو: أن يتمكن العِالمُ من استنباط الحكم فى مسألة من المسائل دون غيرها، أو فى باب فقهي دون غيره، فالمجتهد المتجزئ هو العارف باستنباط بعض الأحكام [2] .

فهل يجوز تجزؤ الاجتهاد بأن يفتي فى بعض المسائل دون بعض؟

اختلف العلماء فى جواز تجزئة الاجتهاد على ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول: ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية إلى جواز تجزؤ الاجتهاد[3]، **قال ابن مفلح في أصوله:** يتجزأ الاجتهاد عند أصحابنا وغيرهم[4].

1- المرداوي : الإنصاف (12 / 264).

2- انظر : اللكنوي : فواتح الرحموت (2 / 405) ، وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي (2 / 1103)، الجيزاني: معالم أصول الفقه (ص : 472).

3- اللكنوي : فواتح الرحموت (2 / 405) ، المستصفى : الغزالى (2 / 302)، الرازي: المحصول(6 / 25)، الشاطبي: الموافقات (5 / 46).

4- المرداوي : الإنصاف (12 / 264).

المذهب الثاني : وذهب الإمام أبو حنيفة وبعض الشافعية إلى منع تجزؤ الاجتهاد[1] .

المذهب الثالث : وذهب بعض العلماء إلى جواز الاجتهاد الخاص بمسائل المواريث [2] .

الأدلة :-

1- استدل اصحاب المذهب الأول القائل بجواز تجزؤ الاجتهاد بالمأثور والمعقول،كما يلي:-

أولاً: المأثور:-

إن الصحابة رضوان الله عليهم، والأئمة من بعدهم، كانوا يتوقفون فى مسائل .

وقد سئل الإمام مالك عن أربعين مسألة، فقال فى ستٍ وثلاثين منها : لا أدري، و لم يكن توقفه فى تلك المسائل مخرجاً له عن درجة الاجتهاد [3] .

ثانياً : المعقول :-

(أ) إنه عرف الحق بدليله، وقد بذل جهده فى معرفة الصواب ، فحكمه فى ذلك حكم المجتهد المطلق فى سائر الأنواع [4] .

(ب) إنه لو لم يتجزأ الاجتهاد لَلَزِمَ أن يكون المجتهد عالماً بجميع المسائل حكماً ودليلاً، واللازم منتفٍ؛ فإنه ليس فى وسع البشر ذلك [5] .

2-أدلة اصحاب المذهب الثاني القائل بعدم جواز تجزؤ الاجتهاد:-

استدل اصحاب هذا المذهب بالمعقول من وجهين :-

الوجه الأول: إن أبواب الشرع وأحكامه يتعلق بعضها ببعض؛ فالجهل ببعضها مظنة للتقصير فى المسألة التي يبحثها [6] .

1- البزدوي : كشف الأسرار (4 / 23) ، الشوكاني : إرشاد الفحول (2 / 302) .

2- انظر : اللكنوي : فواتح الرحموت (2 / 405) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139) ، ابن تيمية : الفتاوى (10 / 112).

3- انظر : الشوكاني : إرشاد الفحول (2 / 302)، ابن قدامة : روضة الناظر (3 / 963) .

4- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 130).

5- انظر : اللكنوي : فواتح الرحموت (2 / 406) ، وهبة الزحيلي : أصول الفقه (2 / 1104) .

6- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 130).

وقد اتفق العلماء على أن المجتهد لا يجوز له الحكم حتى يحصل له غلبة الظن بحصول المقتضي وعدم المانع، وإنما يحصل ذلك للمجتهد المطلق[1]، ولا يحصل ذلك للمجتهد الجزئي[2].

الوجه الثاني : إنه لو جاز تجزئة الاجتهاد للزم أن يقال نصف مجتهد، وثلثه، وربعه، و لم يقل أحد بذلك [3] .

3- أدلة اصحاب المذهب الثالث القائل بجواز الاجتهاد الخاص بمسائل المواريث:

وقد استدلوا من المعقول بوجهين :-

الوجه الأول: إن أحكام المواريث، ومعرفة الفروض، ومعرفة مستحقيها منقطعة عن أبواب الشريعة الأخرى، فجاز أن يكون العالِمُ مجتهداً فيها دون غيرها.

الوجه الثاني: إن عامة أحكام المواريث قطعية، وهى منصوص عليها فى الكتاب والسنة، فلا تحتاج إلى اجتهاد واستنباط [4] .

المناقشة :-

أولاً: مناقشة أدلة المذهب الأول القائل بجواز تجزؤ الاجتهاد، وذلك من ثلاثة وجوه:-

1- **قولهم** : إن الصحابة رضوان الله عليهم، والأئمة من بعدهم، كانوا يتوقفون فى مسائل ... الخ.

يمكن أن يجاب عنه بأنه قد يترك ذلك لمانع، أو للورع، أو لعلمه أن السائل متعنت [5]، أو يعلم أن هناك من هو أعلم منه ليذهب إليه.

2- **وأما قولهم** : إنه قد بذل جهده فى معرفة الصواب فيرد عليه أنه لا يعني أن يكون

1- انظر: الشوكاني : إرشاد الفحول (2 / 728) .

2- انظر: الجيزاني : معالم أصول الفقه (ص : 472) .

3- انظر: عبد الكريم النملة : إتحاف ذوى البصائر (8 / 34) .

4- انظر : اللكنوي : فواتح الرحموت (2 / 405) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 130) .

5- الشوكاني : إرشاد الفحول (2 / 727).

أهلاً للاجتهاد .

3- **وقولهم** : إنه ليس في وسع البشر بلوغ رتبة الاجتهاد يرد عليه بأن هذا ممكن، وليس بممتنع؛ فإن الواقع دل على وجود مجتهدين كُثْرٍ بلغوا بعلمهم رتبة الاجتهاد [1] .

ثانياً : مناقشة أدلة المذهب الثاني القائل بعدم جواز تجزؤ الاجتهاد :-

1- **أما قولهم** : إن أبواب الشرع وأحكامه يتعلق بعضها ببعض فيجاب عنه بأن من المسائل ما لا يتعلق بعضها ببعض؛ كمسائل الميراث مثلاً.

ويمكن الرد عليه أيضاً بأن المجتهد فى المسألة يغلب على ظنه أنه وقف على جميع ما يتعلق بالمسألة.

2- **وأما قولهم** : إنه لو جاز تجزئة الاجتهاد للزم أن يقال: نصف مجتهد، وثلثه، وربعه، **فيرد عليه أنه لا يلزم من تجزئة الاجتهاد ذلك**؛ بل يسمى مجتهداً فى ذلك البعض، وهو اجتهاد تام فيما اجتهد فيه، وإن لم يصل إلى درجة الاجتهاد المطلق [2] .

ثالثاً : مناقشة أدلة المذهب الثالث القائل بجواز الاجتهاد الخاص بمسائل الميراث :-

1- **قولهم** : إن أحكام المواريث منقطعة عن أبواب الشريعة الأخرى يرد عليه بأن الشريعة يكمل بعضها البعض، ولا تنفصل أحكامها عن بقيتها.

مثال ذلك الوصية الواجبة، ومسائل توريث الجد مع الإخوة؛ حيث إن هذه المسائل عُمِلَ بموجبها بما فيه مصلحة لغير الورثة، وهذا يدل على أن الشريعة غير منقطعة بعضها عن بعض [3].

1- انظر: طنطاوي: الاجتهاد فى الأحكام الشرعية، ذكر نماذج من المجتهدين، (ص : 50 ، 70 ، 128).

2- عبد الكريم النملة : إتحاف ذوى البصائر بشرح روضة الناظر (8 / 34).

3- فإنه لم يرد فى حكم الجد مع الإخوة الأشقاء ، أو لأب آية قرآنية، ولا حديث شريف، لذلك كان كثيرٌ من الصحابة يتوقفون فى أمره، ويتخوفون من البتِّ فى حكم توريثه ، وكذلك الأمر بالنسبة للوصية الواجبة؛ فإنه لم ترد آية قرآنية، ولا حديث شريف يدل عليها ، إنما هى محل اجتهاد لمصلحة اليتيم، انظر: الصابوني: المواريث(ص:91)، عبد الحميد : أحكام المواريث (ص : 114).

2- **وأما قولهم**: إن عامة أحكام المواريث قطعية، وهى منصوص عليهـــا فى الكتـــاب والسنة؛ **فيرد عليه** بأنه ليست كل أحكام المواريث قطعية منصوصاً عليها؛ بل إن منها مـــا هو ظني اجتهادي؛ كميراث الجد مع الإخوة[1]، والمسألة المشتركة [2].

الترجيح :-

بعد النظر فى أدلة الفقهاء ومناقشتها بان لي رجحان ما ذهب إليه جمهور العلماء مـــن جواز تجزؤ الاجتهاد، **وذلك لما يلي**:-

1- إن سير المجتهدين القدامى تدل على جواز تجزؤ الاجتهاد؛ فقد كان أحدهم يـــسأل عن مسائل كثيرة فلا يجيب إلا عن بعضها، ويتوقف عن الباقي **ويقول**: لا أدري.

2- إنه يعسر وجود مجتهد مطلق، يعلم كل فنون العلم، فذلك عزيز الوجود.

3- لو قلنا بعدم تجزؤ الاجتهاد لأدى ذلك إلى ترك الاجتهاد عن دليل إلى تقليـــد، وفى اتباع التقليد جمود في الفقه الإسلامى، وقصور في حل مشاكل الناس، وفي ذلـــك فـــسادٌ عظيم.

4- ضعف أدلة المانعين، وإمكانية الرد عليهم **في قولهم**: إنه تَرَكَ ذلك للورع، أو لمانع؛ إن هذا احتمال لا دليل عليه، ولو سلمنا بذلك؛ فإن ترك الاجتهاد لاحتمال كهذا يؤدي إلى كتمان العلم، وهذا منهيُ عنه؛ لما في ذلك من مفسدة أعظم من درجة الورع.

1- سيأتي بيانها، انظر (ص:137)من الرسالة.

2- انظر: الصابوني: المواريث(ص : 91)، عبدالحميد: أحكام المواريث(ص : 114)، سـيأتي بيانهـا في(ص: 127) من الرسالة

المبحث الثالث

تعريف الفتوى، وحكمها، وشروط المفتي، ومراتبه

تُعَدُّ الفتوىٰ طريقاً مستقيماً من طرق نشر العلم الشرعي الشريف، وذلك لحاجة الأمة كافة إلى علماء ربانيين يتولون القيام بنصح المستفتين وإجابتهم فيما أشكل عليهم في عباداتهم، ومعاملاتهم، وكافة واجباتهم، وحسن سلوكهم؛ بل وفي كل شأن من شؤونهم التي لا يجوز للمسلم المكلف أن يقدم فيها أو يؤخر، إلا بإذن من الشرع الذي اصطفى الله له من خلقه حملةً يُبَيِّنونه للناس، ولا يكتمونه، ومن المعلوم يقيناً أن مبحث الفتوى له تعلق جلي بمبحث الاجتهاد [1]، لذلك أفردت له هذا المبحث بمطالبه الثلاثة على النحو التالي: -

المطلب الأول

الفتوى لغة واصطلاحاً

(أ) **الفتوى والفتيا لغة** : اسمان مترادفان للمصدر يوضعان موضع الإفتاء وبيان الحكم، يقال: " **أفتى الفقيه في المسألة إذا بيّن حكمها** "، فإذا كانت المسألة شرعية كانت الفتوى شرعية، وإن كانت المسألة لغوية كانت الفتوى لغوية، وهكذا فالاستفتاءات الشرعية هي المتعلقة بمسائل يطلب حكم الشرع فيها [2].

(ب) **الفتوى والفتيا اصطلاحاً**: تعددت تعريفات الفقهاء للفتوى فقد عرفها الإمام القرافي بقوله الفتوى هي : " **إخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة** " [3].

1- فقد عرف الشوكاني المفتي بأنه المجتهد . انظر الشوكاني : إرشاد الفحول (2 / 328).

2- الإفتاء: من أفتى يفتي إفتاء : الفاء والتاء والحرف المعتل أصلان ؛ أي الفاء والتاء أحدهما يدل على طراوة وجدة ، والآخر يدل على تبين حكم ، وأصله من الفتى ، وهو الشاب الحدث الذي شبَّ وقوي، فكأنه يُقَوِّي ما أشكل ببيانه، فيشبُّ ويصير فتياً قوياً . يقال أفتاه في المسألة إذا بين له حكمها وتفاتوا إلى الفقيه ، إذا ارتفعوا إليه في الفتيا ، واستفتيت إذا سألت عن الحكم قال تعالى: ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ ﴾ (النساء: من الآية176)، انظر: مادة (فتي)، لسان العرب: ابن منظور(183/10)، ابن فارس: مقاييس اللغة(4 / 473)، الجوهري: الصحاح(2/ 1780،1781)، الفيومي: المصباح المنير (ص : 239)، الرازي : مختار الصحاح (ص : 268).

3- القرافي : الفروق (4 / 48).

وقد عرفها البهوتي بقوله هي : " تبيـين الحكم الشرعي " [1].

وعرفها ابن القيم بقوله :" بيان الحكم الشرعي في قضية من القضايا جواب عن سؤال سائل معين كان أو مبهماً فرداً كان السائل أو جماعة ".

يشمل التعريف ما يخبر به المفتي، مما نص عليه الكتاب والسنة، أو أجمعت عليه الأمـــة، وما استنبطه وفهمه باجتهاده [2]، وهذه التعريفات جمعها في تعريفه الدكتور/ قلعه جي وهو: **" بيان الحكم الشرعي في قضية من القضايا لمن سأل عنه "** [3].

(ج) تعريف المفتي:-

لعله من المفيد في فهم معنى الفتوى أن أُعرِّفَ المفتي حيث أنه إذا سئل عن حكم حادثة يستقرئ الأدلة، ويتـــتبع مقتضياتها، ويخبر الخلائق بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقـــص هذا إن كان المفتي مجتهداً، فإن كان مقلداً نظر في مذهب إمامه ونقل للسائل حكم الحادثـــة منه [4] :-

عرفه الشوكاني بقوله : " المفتي هو المجتـهد " [5].

وعرفه الزركشي بقوله : " المفتي هو الفقيه " [6].

فلعل الذين قالوا : إن المفتي هو المجتهد، أرادوا بيان أن غير المجتهد لا يكون مفتيا

1- البهوتي : شرح منتهى الإرادات (3 / 483).
2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 73).
3- قلعة جي : معجم لغة الفقهاء (ص : 339).
4- انظر: القرافي : الإحكام (ص : 43).
5- الشوكاني : إرشاد الفحول (2 / 328).
6- الزركشي : البحر المحيط (4 / 585).

حقيقة، وأن المفتي لا يكون إلا مجتهداً، يريدون التسوية بين الاجتهاد والإفتاء في المفهوم [1].

وقد عرفه الدكتور قلعه جـي بقولـه:" المفتى هو الذي يُعْلِمُ السائلين بالأحكام **الشرعية"**[2]، وهو أقرب التعريفات إلى المعنى الاصطلاحي، وقريب منه تعريف المرداوي فقال:" المفتي من يبين الحكم الشرعي، ويخبر به من غير الزام "[3] فإذا سئل المفتي عن حكم حادثة يستقرئ الأدلة، ويتتبع مقتضياتِها، ويخبر الخلائق بما ظهر له منها، من غير زيادة ولا نقص، فلا يشترط أن يكون المفتي مجتهداً؛ بل ربما كان مقلداً، فينقل ما هو في مذهب إمامه للسائل [4].

المطلب الثاني

حكم الإفتاء

إن الضابط لحكم الإفتاء هو النظر إلى المصالح والمفاسد، وهذا إذا أَمِنَ المفتي غائلة الفتوى، فإن لم يأمن غائلتها، وخاف من ترتُّب شَرٍّ أكبر من الإمساك عنها؛ أمسك عنها ترجيحاً لدفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما؛ فقد أمسك النبي - ﷺ - عن نقض الكعبة، وإعادتها على قواعد إبراهيم - عليه السلام -؛ لأجل حِدْثَانِ عهد قريش بالكفر [5]، وإن ذلك ربما نفَّرهم عن الإسلام بعد الدخول فيه.

وكذلك إن كان عَقْل السائل لا يحتمل الجواب عما سأل عنه، وخاف المسؤول أن يكون فتنة له، أمسك عن جوابه [6].

1- انظر : ابن الفركاح : شرح الورقات (ص : 124)، ابن عثيمين : شرح نظم الورقات (ص : 174).

2- قلعة جي: معجم لغة الفقهاء (ص : 445).

3- المرداوي: الإنصاف(177/11).

4-انظر: القرافي : الإحكام (ص : 43).

5- عن عائشة-رضى الله عنها- قالت: قال لي رسول الله -ﷺ-:" لولا حداثة عهد قومك بالكفر، لنقضت الكعبة، ولجعلتها على أساس إبراهيم، فإن قريشا، حين بنت البيت، استقصرت، ولجعلت لها خلفاً "، مسلم : الصحيح (15) كتاب الحج (69) باب نقض الكعبة وبنائها ح 398 - 1333).

6- انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين (6 / 42، 43).

فالأصل في الإفتاء أنه فرض كفاية؛ كغيره من الوظائف الدينية ذات النفع العام، ويتعين على العالم الانتصاب لها؛ إن لم يقم بها غيره من المؤهلين لها، فالإفتاء تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة [1]، **على النحو التالي:-**

(أ) **يكون الإفتاء واجباً عينياً:** وذلك إذا كان المفتي أهلاً للإفتاء، وكانت الحاجة قائمة، و لم يوجد مُفْتٍ سواه، فيلزمه– والحالة كذلكَ – فتوى من استفتاه؛ لقوله تعالى:- ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَى مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

في الآية وعيد شديد لمن كتم ما جاءت به الرسل من الدلالات البينة على المقاصد الصحيحة، والهدي النافع للقلوب، من بعد ما بَيَّنه الله تعالى لعباده [3].

عن أبي هريرة – ﷺ - قال: قال النبي – ﷺ -: **" من سئل عن علم، فكتمه، ألجمه الله بلجام من نار يوم القيامة "** [4].

(ب) **وقد يكون الإفتاء مستحباً:** وذلك إذا كان المفتي أهلاً، وكان في البلد غيره، و لم تكن هنالك حاجة قائمة، ويمكن أن يعبر عنه بفرض الكفاية؛ لأنه يستحب للقادر على فرض الكفاية أن يبادر إليه؛ ليفوز بأجره.

(ج) **وقد يكون الإفتاء حراماً:** وذلك في صور، منها:-

1- انظر: ابن الصلاح: أدب الفتوى (ص : 56)، ابن القيم: إعلام الموقعين(6 / 41)، الحفناوي: تبصير النجباء (ص : 327) ، النووي : المجموع (1 / 79).

2- سورة البقرة : الآية (159).

3- ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (1 / 200).

4- انظر : أبو داود : السنن (19) كتاب العلم (9) باب كراهية منع العلم (3 / 1582) ح 3658)، والترمذي: السنن (38) كتاب العلم (3) باب ما جاء في كتمان العلم (4 / 455)، ح 2649)، وقال أبو عيسى: حديث حسن، أحمد: المسند (ح 7556، 7925، 7507، 8612).

1- وذلك إذا لم يكن عالماً بالحكم؛ لئلا يدخل تحت قوله تعـالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[1].

وجه الدلالة :-

جعل الله - ﷻ - القول عليه بلا علم من المحرمات التي لا تباح بحال، ولهـذا ذكـر التحريم فيها بصيغة الحصر [2].

2- وكذلك يحرم الإفتاء فيما إذا عرف المفتي الحق؛ فلا يجوز له أن يفتي بغيره؛ فإن من أخبر عما يعلم خلافه فهو كاذب على الله عمداً، وقد قال تعـالى: ﴿ وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ تَرَى الَّذِينَ كَذَبُوا عَلَى اللَّهِ وُجُوهُهُمْ مُسْوَدَّةٌ ...﴾ [3].

وجه الدلالة :-

يخبر تعالى عن يوم القيامة أنه تسود فيه وجوه الذين نسبوا له شريكا وولدا بكـذبهم وافترائهم [4]، ومن أظلم ممن كَذَبَ على الله، وعلى دينه؟![5] .

(د) ويكره له أن يفتي في كل حالة تُغَيِّرُ خُلقهُ، وتشغلُ قلبه، وتمنعه مـن التـثبت والتأمل؛ كغضب شديد، أو جوع مُفرط، أو هَمٍ مقلق، أو خوف مزعج، أو نعاس غالـب، أو حال مدافعة الأخبثين، أو انشغال القلب بغير ما ذكر من الأسباب فمتى أحس من نفـسه شيئاً من ذلك يخرجه عن حال اعتداله، وكمال تـثبته وتبينه؛

1- سورة الأعراف : الآية (33).
2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 68).
3- سورة الزمر : الآية (60).
4- انظر: ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (4 / 60).
5-انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 70).

أمسك عن الفتوى استحباباً[1]؛ لأن كثيراً من المفتين يتعالى على همومه، ويستمع للسائلين ويفتيهم.

(هـ) الإباحة، فقد ثبت عن الصحابة – رضي الله عنهم – أنهم كانوا يفتون الناس، فمنهم المكثر في ذلك والمُقلُّ، وكذلك كان في التابعين، وتابعيهم، ومن بعدهم [2].

فالناس في حاجة إلى علماء يسألونهم، وفقهاء يستفتونهم، فيما يطرأ لهم؛ قال تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تعلَمُونَ﴾ [3].

1- انظر : ابن الصلاح: أدب الفتوى (ص : 68) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 150).
2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (2 / 18).
3- سورة النحل : الآية (43)، الأنبياء : الآية (7).

المطلب الثالث

شروط المفتي، ومراتبه

يتسم الإفتاء في الإسلام بالوضوح، وعدم الغموض أو الالتباس، فالمفتي لــه شــروط معينة، وهو على مراتب؛ **لذا فقد جعلت هذا المطلب في الفرعين التاليين:-**

الفرع الأول: شروط المفتي:-

يشترط في المفتي شروط، أهمها ما يلي [1]**:-**

1- **الإسلام:** فلا يمكن لأحد أن يتبوأ منصب الإفتاء إلا حين يكون مسلماً؛ إذ أنه يخبر عن الله، وينوب عن رسوله - ﷺ -، ويتلقى الناس ما يقوله على أنه ديــن الله تعــالى، ولا يتصف بذلك إلا من كان مسلماً.

2- **التكليف:** وذلك بأن يكون المتولي لهذا المنصب بالغاً عاقلاً، فإن الصبي لا حكــم لقوله في مثل هذا، والمجنون مرفوع عنه القلم، فلا يتسنى له أن يحتل مكانة الإفتاء [2].

3- **العدالة :** وذلك بأن يكون مستقيماً في أحواله، محافظاً على مروءته، صادقاً فيمــا يقوله، موثوقاً به، **ويفسر لنا الماوردي العدالــة بقولــه:** " أن يكـون صـادق اللهجـة ظـاهر الأمانة، **عفيفاً عن المحارم متوقياً المآثم، بعيداً من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه** " [3].

1- انظر : ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 40) ، الخطيب البغدادي : الفقيه والمتفقه (2 / 156)، القنــوجي: ذخر المحتي (ص : 69) ، ابن الصلاح : أدب الفتوى (ص : 35) ، الفراء : العُدة (2 / 445) ، الحفناوي : تبصير النجباء (ص : 321)، الربيعة: المفتي في الشريعة الإسلامية(ص:20).

2- انظر : ابن تيمية : مجموع الفتاوى (20 / 208) ، النووي : المجموع (1 / 74) ، ابــن القــيم : إعــلام الموقعين (6 / 138) ، ابن الصلاح : أدب الفتوى (ص : 56).

3- الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 131).

4- **العلم:** وهو شرط أساسي لمن تقلد هذا المنصب؛ إذا إنه مبلغ عن الله سبحانه وتعالى أحكامه، ولا يبلغ عنه من جهل أحكامه، ولم تصلح مرتبة التبليغ بالرواية والفتيا إلا لمن اتصف بالعلم، والصدق؛ فيكون عالماً بما يبلغ، صادقاً فيه [1].

فقد ثبت عن أبي هريرة - ﷺ - أن النبي - ﷺ - قال: **" من أُفْتِيَ بغير علم؛ كان إثمه على من أفتاه، ومن أشار على أخيه بأمر يعلم أن الرشد في غيره فقد خانه "** [2].

وجه الدلالة :-

يحذر النبي - ﷺ - من التصدر للفتوى بغير علم ومن أفتى الناس بغير علم كان إثمهم عليه[3].

5- **حسن الطريقة، وسلامة المسلك، ورضا السيرة :-**

فلا بد لمن تقلد هذا المنصب أن يتصف بذلك، فيكون حسن الطريقة، سليم المسلك، مرضي السيرة، حتى يثق الناس بأقواله، ويقبلوا ما يقوله لهم؛ حيث إنهم يتلقون منه أموراً هي أعظم شيء في نفوسهم، وهي أحكام الدين، ومن المعلوم أنهم لا يتلقون ذلك إلا ممن تحروا فيه هذه الأوصاف.

وأما من لا يتحلى بها، فهم يعرضون عنه مهما كانت درجته الكبرى في الناحية العلمية.

لذلك نرى الإمام القرافي يؤكد هذا الشرط ويوضحه أتم إيضاح؛ حيث يقول [4]وينبغي للمفتي أن يكون حسن السيرة، ويقصد بجميع ذلك التوصل إلى تنفيذ الحق وهداية الخلق، فتصير هذه الأمور كلها قربات عظيمة، وإليه الإشارة بقوله تعالى حكاية عن إبراهيم

1- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (2 / 16) .

2- انظر: ابو داود: السنن(19) كتاب العلم (8) باب التَّوقِّي في الفُتْيَا (ح 3657)، (3 / 1582)، الحاكم: المستدرك كتاب العلم، (1 / 126)، حسنه الألباني. انظر صحيح الجامع (2 / 1048).

3- الشوكاني: نيل الأوطار(5/541).

4- القرافي: الإحكام (ص : 253) .

- عليه السلام -: ﴿ وَاجْعَل لِّي لِسَانَ صِدْقٍ فِي الْآخِرِينَ ﴾ [1]، قال العلماء: معناه، ثناء جميل، حتى يقتدي بي الناس[2].

6- الورع والعفة عن كل ما يخدش الكرامة، والحرص على استطابة المأكل:-

فحري بمن انتصب لهذا الأمر العظيم أن يكون متصفاً بالورع، جاعلاً نصوص الوعيد والتهديد لمن خالف أوامر الله بين عينيه، وحري به ألا يقوم به حق القيام إلا حين يكون عفيفاً عما في أيدي الناس، وعما يعتبر في عرفهم من صفات الدناءة والضعة، وإلا حين يكون حريصاً أشد الحرص على أن يكون مكسبه حلالاً، وطرق معاملته مع الناس قائمة في أصولها وفروعها على وفق منهج الله، وفي حدود ما رسمه في شرعه، وأن يكون مأكله حلالاً خالصاً، بأن يكون قد عرف طرق حصوله وأيقن بحلها، فهذه صفات لا بد من حصولها في المفتي كي يوفق في أداء رسالته؛ إذ إن من لا يتورع عن الشبهات، ولا يعف عما في أيدي الناس، ولا يرعى العرف في تقويم الأمور وتنـزيلها منازلها، من حيث الإقدام عليها، أو الإحجام عنها ولا يحرص على أن يكون ما يتناوله طيباً وحلالاً خالصاً ، وإن من لا يرعى ذلك كله حري به ألا يوفق فيما يفتي به، وألا يصيب حكم الله فيما يسأل عنه، وألا يسمع منه حين يفتي، ولا يستجاب لقوله حين يقول[3].

ولهذا نرى الإمام القرافي يؤكد اشتراط هذه المعاني فيقول: " وأن يكون – المفتي – **قليل الطمع ، كثير الورع ، فما أفلح مستكثر من الدنيا ، وَمُعَظِّمٌ أهلها وحطامها** " [4].

7- رصانة الفكر وجودة الملاحظة، والتَّأَنِّي في الفتوى والتثبت فيما يفتي به:-

فهذه صفات يلزم وجودها فيمن يتصدى للفتيا؛ إذ إن من كان ناقصاً في فهمه، أو متصفاً بالغفلة، أو معروفاً بالعجلة في فتواه والتسرع بالإجابة عما يسأل عنه دون أن

1- سورة الشعراء : الآية (84) .
2- انظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم(338/3).
3- الربيعة: المفتي (ص:24).
4- القرافي : الإحكام (ص : 256) .

يتثبت من ذلك فمن كانت أوصافه كذلك، قد فقد أول أسباب التوفيق، وحري بمن فقد أولها ألا يحالفه الحظ في وجدان آخرها، وألا ينال في آخر المطاف غايته التي قصدها [1].

8- طلب المشورة من ذوي الدين والعلم والرأي:-

وهذا شرط مأخوذ من عمومات الشريعة في غير موضوع الفتوى، ومما درج عليه السلف الصالح فيها، حيث كانوا يستشيرون حين تعرض لهم المشكلة، أو يسألون عنها.

ودليل ما نقوله، أن الله أثنى على المؤمنين، حيث كان أمرهم شورى بينهم، وأمر نبيه -ﷺ- بأن يشاورهم في الأمر، وما كان من شأن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث كانت المسألة تنزل عليه، فيستشير فيها من حضر من الصحابة، بل ربما جمعهم وشاورهم، حتى كان يشاور ابن عباس - رضي الله عنه - وهو إذ ذاك أحدث القوم سنًّا [2].

وينبغي أن يعلم أن هذا الشرط مقيد بما إذا: " لم يعارضه مفسدة، من إفشاء سر السائل، أو تعريضه للأذى، أو مفسدة لبعض الحاضرين " [3]، فإنه إن عارضه ذلك، فلا ينبغي أن يُرْتَكَبَ؛ دفعاً لتلك المفاسد.

قال الإمام أحمد رحمه الله: لا ينبغي للرجل أن يُنَصِّبَ نفسه للفتيا حتى يكون فيه **خمس خصال**[4]: -

أولها: أن تكون له نية – أي الإخلاص لوجه الله –؛ فإن لم تكن له نية لم يكن عليه نور، ولا على كلامه نور.

الثانية: أن يكون له علم، وحكم، ووقار، وسكينة.

الثالثة: أن يكون قوياً على ما هو فيه، وعلى معرفته.

1- القرافي: الإحكام(ص : 229).

2- انظر : الشافعي : الأم (6 / 219) ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (10 / 455).

3- انظر : ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 196)، القنوجي: ذخر المحتي (ص : 151).

4- انظر : ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 105)، القنوجي: ذخر المحتي (ص : 100).

الرابعة: الكفاية، وإلا مضغه [1] الناس .

الخامسة: معرفة الناس [2] .

قال ابن القيم رحمه الله معلقاً على هذه الشروط [3] :-

" وهذا مما يدل على جلالة الإمام أحمد رحمه الله، ومحله من العلم، والمعرفة، فإن هذه الخمسة هي دعائم الفتوى، أيُّ شيء نقص منها ظهر الخلل في المفتي بحسبه ".

الفرع الثاني : مراتب المفتين :-

إن المفتين الذين يتصدون للإفتاء ينقسمون إلى قسمين :-

مُفْتٍ مستقل، وآخر غير مستقل، وغير المستقل يتفرع إلى أربعة أقسام [4]؛ **وذلك على النحو التالي :-**

القسم الأول: المفتي المستقل :-

وهو العالم بكتاب الله، وسنة رسوله، وأقوال الصحابة، فهو المجتهد في أحكام النوازل، يقصد فيها موافقة الأدلة الشرعية حيث كانت، ولا ينافي اجتهاده تقليده لغيره أحياناً، فلا تجد أحداً من الأئمة إلا وهو مقلد من هو أعلم منه في بعض الأحكام، فهذا النوع هم الذين يسوغ لهم الإفتاء، ويجوز سؤالهم، ويتأدَّى بهم فرض الاجتهاد، وهم الذين

1- مضغه الناس : من مضغ الطعام بمعنى لاكه، ابن منظور : لسان العرب مادة (مضغ)، (13 / 129) ، وهذا الشرط لأن المفتي إذا لم يكن له كفاية احتاج إلى الناس ، وإلى الأخذ مما في أيديهم ، فلا يأكل منهم شيئاً إلا أكلوا من لحمه ، وعرضه وربما أفتى صاحب اليد عليه بغير الراجح لديه ، فالعالم إذا مُنِحَ غَنَاءً فقد أُعِينَ على تبليغ علمه .

2- معرفة الناس أصل عظيم، يحتاج إليه المفتي؛ فإن لم يكن فقيهاً فيه تصور له الظالم بصورة المظلوم أو عكسه، والمحق بصورة المبطل، وعكسه، راج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق.

3- ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 106).

4- انظر : النووي : المجموع (1 / 75) ، ابن الصلاح : أدب الفتوى (ص : 35)، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 125).

قال فيهم النبي – ﷺ - : " إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنةٍ مَنْ يُجَـدِّدُ لهـا دينها "[1] .

ويظهر أنه منذ دهرٍ طويل طُوِيَ بساط المفتي المستقل المطلق: وأفضى أمر الفتـــوى إلى الفقهاء المنتسبين إلى أئمة المذاهب المتبوعة .

القسم الثاني : المفتي غير المستقل المنتسب إلى أئمة المذاهب :-

وهذا القسم على أحوال أربع على النحو التالي[2] :-

الحالة الأولي : أن لا يكون مقلداً لإمامه، لا في المذهب، ولا في دليله؛ لكونه قد جمع الأوصاف والعلوم المشترطة في المستقل، وإنما ينسب لإمام لكونه سلك طريقه في الاجتـــهاد، ودعا إلى سبيله.

الحالة الثانية: أن يكون في مذهب إمامه مجتهداً ، فيستقل بتقرير مذهبه بالدليل، غـــير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده، ومن شأنه أن يكون عالماً بالفقه، خبيراً بأصول الفقه، عارفاً بأدلة الأحكام تفصيلاً ، بصيراً بمسالك التخريج والاستنباط، قَيِّماً بإلحاق مـــا ليس بمنصوص عليه في مذهب إمامه بأصول مذهبه وقواعده، ولا يَعْرَى عن شَـــوْب مـــن التقليد له؛ لإخلاله ببعض العلوم والأدوات المعتبرة في المستقل؛ مثل أن يُخِل بعلم الحديث؛ أو بعلم اللغة العربية، وكثيراً ما وقع الإخلال بهذين العِلْمين في أهل الاجتهاد المقيد، ويتخذ نصوص إمامه أصولاً يستنبطُ منها نحو ما يفعله المستقل بنصوص الشارع، وربمـــا مَـــرَّ بَـــه الحكم، وقد ذكره إمامه بدليله، فيكتفي بذلك، ولا يبحث هل لذلك الدليل من معـــارض، ولا يستوفي النظر في شروطه، كما يفعله المستقل.

ومن كان هذا شأنَه فالعامل بفتياه مقلد لإمامه، لا له؛ لأن مُعَوَّله على صحة إضافة ما يقوله إلى إمامه؛ لعدم استقلاله بتصحيح نسبته إلى الشارع.

1- انظر: أبا داود: السنن (32) كتاب الملاحم (1) باب ما يذكر في قـــرن المائـــة(4 / 1835) ح 4291)، الحاكم : المستدرك كتاب الفتن والملاحم (4 / 522) ، صحيح : الألباني صحيح سنن أبي داود (ح 4291).

2- انظر: النووي المجموع(75/1)، ابن الصلاح: أدب الفتوي(ص:35)، ابن القيم: اعلام الموقعين(125/6).

الحالة الثالثة: أن لا يبلغ رتبة أئمة المذهب أصحاب الوجوه والطرق، لكنه حافظ لمذهب إمامه، عارف بأدلته، قائم بتقريرها وبنصرته، يُصوِّر، ويحرر، ويُمَهِّد، ويقرر، ويُزَيِّف، ويرجِّح، **لكنه نزل عن درجة النوعين الآنفين لأحد الأسباب الآتية:-**

1- إما لكونه لم يبلغ في حفظ المذهب رتبتهم.

2- وإما لكونه لم يرتض في التخريج والاستنباط كارتياضهم.

3- وإما لكونه غير متبحر في علم أصول الفقه، على أنه لا يخلو مثله في ضمن ما يحفظه من الفقه، ويعرفه من أدلته على أطراف من قواعد أصول الفقه.

4- وإما لكونه مقصراً في غير ذلك من العلوم التي هي أدوات الاجتهاد الحاصل لأصحاب الوجوه والطرق.

وهذه صفة كثيرٍ من المتأخرين إلى أواخر المائة الخامسة من الهجرة المصنفين الذين رتبوا المذهب، وحرروه ، وصنفوا فيه تصانيف بها معظم اشتغال الناس اليوم، كالرازي، والكرخي، فإنهم لا يقدرون على الاجتهاد أصلا لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمأخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذى وجهين وحكم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب أو عن أحد من أصحابه المجتهدين برأيهم ونظرهم [1] .

1- انظر: ابن عابدين : في رسائله (1 / 11) وما بعدها، ذكر أن الفقهاء على سبع طبقات،أذكرها لتعلقها، وارتباطها الوثيق بمراتب المجتهدين، وهي كما يلي :-

الأولى : طبقة المجتهدين في الشرع: كالأئمة الأربعة، ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول واستنباط أحكام الفروع عن الأدلة الأربعة من غير تقليد لأحد لا في الفروع ولا في الأصول.

الثانية : طبقة المجتهدين في المذهب: كأبي يوسف، ومحمد، وسائر أصحاب أبي حنيفة القادرين على استخراج الأحكام عن الأدلة المذكورة على حسب القواعد التي قررها أستاذهم، فإنهم وإن خالفوه في بعض أحكام الفروع لكنهم يقلدونه في قواعد الأصول.

الثالثة : طبقة المجتهدين في المسائل: التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب،كالخصاف، وأبي جعفر الطحاوي وأبي الحسن الكرخي، وشمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي، وفخر الإسلام البزدوي، وفخر الدين قاضي خان، وغيرهم؛ فإنهم لا يقدرون على مخالفة الإمام لا فى الأصول ولا فى الفروع، لكنهم يستنبطون الأحكام من المسائل التي لا نص فيها عنه على حسب أصول قررها ومقتضى قواعد بسطها =

الحالة الرابعة: أن يقوم بحفظ المـــذهب في نقلـــه وفهمـــه في واضـــحات المـــسائل ومشكلاتها، غير أن عنده ضعفاً في تقرير أدلته، وتحرير أقيسته.

فهذا يعتمد نقله وفتواه به فيما يحكيه من مسطورات مذهبه من منصوصات إمامـــه، وتفريعات أصحابه المجتهدين في مذهبه، وتخريجاتهم .

وأما ما لا يجده منقولاً في مذهبه؛ فإن وجد في المنقول معناه؛ بحيث يدرك مـــن غـــير فضل فكر وتأمل أنه لا فارق بينهما؛ جاز له إلحاقه به، والفتوى به، وكـــذلك مـــا يعلـــم اندراجه تحت ضابط منقول، وما لم يكن كذلك فعليه الإمساك عن الفتيا فيه، وهـــذا يقـــع نادراً في حق مثل هذا النوع من الفقهاء.

فهذه أصناف المفتين، وما من صنفٍ منها إلا ويشترط فيه حفظ المذهب، وفقه النفس، وذلك فيما عدا الصنف الأخير الذي هو أقلها مرتبة، **فمنـــزلة كل نوعٍ من هؤلاء المفـــتين كما ذكر ابن القيم على النحو التالي :-**

ففتاوى القسم الأول: " المفتي المطلق " من جنس توقيعات الملوك وعلاماتهم،

= **الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين:** كالرازي وأضرابه فإنهم لا يقدرون على الاجتـــهاد أصـــلا لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين وحكم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب أو عن أحد من أصحابه المجتهدين برأيهم ونظرهم في الأصول والمقايسة على أمثاله ونظـــائره مـــن الفروع وما وقع فى بعض المواضع من الهداية من قوله : " كذا فى تخريج الكرخى وتخريج الرازي " من هذا القبيل .

الخامسة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين: كأبي الحسن القدوري، وصاحب الهداية، وأمثالهما، وشـــأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض آخر بقولهم هذا أولى وهذا أصح رواية وهذا أوضح وهذا أوفق للقياس وهذا أوفـــق للناس .

السادسة : طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى: والضعيف ظاهر الرواية وظاهر المـــذهب والرواية النادرة كأصحاب المتون المعتبرة كصاحب الكنـــز وصاحب المختار وصاحب الوقايـــة وصـــاحب المجمـــع ، وشأنهم أن لا ينقلوا في كتبهم الأقوال المردودة والروايات الضعيفة .

السابعة : طبقة المقلدين الذين لا يقدرون: على ما ذكر ولا يفرقون بين الغث والسمين ولا يميزون الـــشمال من اليمين بل يجمعون ما يجدون كحاطب ليل ، فالويل لمن قلدهم كل الويل.

وفتاوى النوع الثاني : " **المفتي غير المطلق** " من جنس توقيعات نوابهم، وما يندرج تحت القسم الثاني فهو من جنس توقيعات خلفاء نوابهم، ومن عداهم فمتشبع بما لم يعط متشبه بالعلماء محاك للفضلاء [1].

1- انظر : ابن القيم : إعلام الموقعين (6/ 128)، القنوجي: ذخر المحتي (ص : 109).


87

المبحث الأول

حكم اجتهاد القاضي، وضمانه

لما كان اختيار القضاة مرهوناً بالأكفاء العلماء، المشهورين بشرف الـصيت، وعـزة النفس، وسعة العلم، دون أن تأخذهم في الله لومة لائم ، يريدون مرضـاة الله، ويلتزمـون شرعه، ويطبقون أحكامه، على هَدْيً من كتاب الله، وسنة رسوله محمد – ﷺ -، وبما أُوتوا من ملكة الاستنباط، كان لا بد أن نقف على حكم اجتهاد القاضي وهل يضمن إذا أخطأ في حكمه، هذا ما يتضح **في المطلبين التاليين**:-

المطلب الأول

حكم اجتهاد القاضي

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في اشتراط بلوغ القاضي رتبة الاجتهاد المطلق علـى مذهبـين، وهما:-

المذهب الأول : ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والطرابلسي ومحمد بن الحسن مـن الحنفية [1]، إلى اشتراط الاجتهاد في القاضي، فالاجتهاد عندهم شرط جواز وصحة، فلا يقبل قضاء العامي غير المجتهد، ولو تولى القضاء فولايته باطلة، وأحكامه غير نافذة، ولو صادفت الحق؛ إذ لا ولايةَ له ونقل الإجماعُ عليه ابن حزم [2].

المذهب الثاني : وهو لأكثر الحنفية، ومتأخري المالكية، وبعض الشافعية والحنابلة، إذ

1- انظر : الدسوقي: حاشيته (4 / 129)، الخرشى : حاشيته(7 / 476)، ابن رشد: بداية المجتهد (ص: 768)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 / 21 ، 22) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (ص : 131، 132)، الـشربيني: مغـني المحتاج(6 / 263)، الشيرازي: المهذب(2 / 291)، ابن قدامة: المغني(14 / 14)، البهوتي: كشاف القناع(6 / 317)، المرداوي: الإنصاف(11 / 177)، الطرابلسي: معين الحكام(ص : 14)، السمناني: روضة القضاة(1/ 159).

2- ابن حزم : المحلى (9 / 363).

جعلوا الاجتهاد شرط أولوية واستحباب، ونقل هذا عن الإمام مالك رحمه الله [1].

الأدلة :-

(أ) أدلة الجمهور:-

استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، والمعقول :-

أولاً: من الكتاب :-

إن هناك العديد من الآيات الدالة على اشتراط الاجتهاد في القاضي، وهذه خمس منها

1- قوله تعالى : ﴿ ... فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ...﴾ [2] .

وجه الدلالة :-

إن الله سبحانه وتعالى أمر في الآية الكريمة بطاعة الله ورسوله ، وذلك بمعنى التزام الشريعة؛ فإن الله تعالى هو منزل الشريعة، ورسوله – ﷺ - هو مبلغها، والحاكم بها، فهو – ﷺ - منفذ أمر الله بنفسه، فطاعته طاعةُ تلقٍّ، وامتثال، وعند النزاع لا بدَّ من الرجوع إلى الكتاب والسنة، ولا يتأتى الرد إلى الكتاب والسنة إلا من المجتهد ، فلا بد إذا أنْ يكون من يفصل في النزاع مجتهداً [3] ، فوجب أن يكون القاضي مجتهداً.

2- قوله تعالى : ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ .. ﴾ [4] .

وجه الدلالة :-

أخبر سبحانه وتعالى أن إنزال هذا الكتاب قد جاء متضمناً الحق؛ ليتمكن النبي– ﷺ - من الحكم به بين الناس، وقد أوكل ذلك إلى اجتهاده الذي يهديه الله إليه، كما يفهم

1- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 38) ، الطرابلسي : معين الحكام (ص : 14) ، الكاساني : بدائع الصنائع (7 : 4) ، ابن رشد : بداية المجتهد (ص : 768) ، الأسيوطي : جواهر العقود (2 / 288 ، 289) ، البهوتي: كشاف القناع (6 / 318) . الشوكاني : نيل الأوطار (5 / 541) .

2- سورة النساء : الآية (59).

3- انظر : ابن عاشور : التحرير والتنوير (3 / 96 ، 97).

4- سورة النساء : الآية (105) .

من قوله ﴿ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾، فالمقلد والجاهل لا يقدران على تعقل حجج الله ، ولا النظـــر في الكتاب والسنة لاستنباط الأحكام، فدل ذلك على لزوم اتصاف القاضي بالاجتهاد، لـــيحكم بين الناس بما يريه الله، ويفتح به عليه في فهم الشريعة [1].

3- قوله تعالى : ﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ... ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

أمر الله – ﷻ - نبينا محمداً – ﷺ - أن يحكم بما أنزل الله، ولما كان أكثر القرآن مجملاً وجب أن يكون القاضي مجتهداً حتى يستنبط الأحكام من النصوص، ويعرف المبيِّنَ لمجملـــها، والمخصِّصَ لعامِّها، والمقيِّدَ لمطلقها، والناسخ لمنسوخها، كما يستنبط بدلالة الإشارة مـــا لم يجده صريحاً بالعبارة، و لم يقل بالتقليد، فالمقلد ليس لديه ملكة الاجتهاد [3].

4- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ..﴾ [4] .

وجه الدلالة:-

دلت الآية الكريمة على وجوب الحكم بالقسط، فهي خطاب موجه للنبي– ﷺ - وهذا الأمر لسائر الحكام من بعده - ﷺ - ولا يمكن الحكم بالقسط أو الحق إلا من المجتهد.

5- ومثله قوله تبارك وتعالى :﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ..﴾ [5].

وجه الدلالة من الآية :-

دلت الآية على أن الحكم بالحق والقسط شرع من قبلنا، فقد جعل الله – ﷻ - مـــن مهمة داود - عليه السلام - الحكـــم بين الناس بالحق، ونـــهـــاه عن الحكـــم بالهوى، وَبيَّن له

1- انظر : ابن عاشور : التحرير والتنوير (3 / 192، 193) .
2- سورة المائدة : الآية (49) .
3– انظر: ابن قدامة : المغنى (14 /14).
4- سورة المائدة : الآية (42) .
5- سورة ص : الآية (26).

مغبة ذلك[1]، ولا يمكن الحكم بالحق إلا من مجتهد، فوجب أن يكون القضاة مجتهدين؛ حتى يحكموا بالحق والقسط.

6- قوله تعالى: ﴿..وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ...﴾[2].

وجه الدلالة :-

يبين سبحانه وتعالى أنه في حالة اختلاط الأمر لا بد من ردِّ الأمر إلى الرسول – ﷺ - إن كان معهم، أو إلى الذين يستطيعون الوصول إلى الحكم عند التنازع؛ لعلم حقيقة الأمر، ولا يكون ذلك إلا لفئة خاصة، وهم القادرون على استنباط الأحكام من النصوص، والقادرون على ذلك هم المجتهدون [3]، ولا شك أن مسائل القضاء مما يختلط فيه الأمر فيلزم أن يكون القاضي مجتهداً؛ حتى يكون قادراً على استنباط الأحكام عند احتدام الخصام.

ثانياً: من السنة:-

1- عن عمرو بن العاص – رضي الله عنه - عن النبي – ﷺ - أنه قال: **" إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر "** [4] .

وجه الدلالة :-

إن النبي – ﷺ - جعل للحاكم أجراً على اجتهاده ، وبذل وسعه في الوصول إلى الحق، ولا يحصل ذلك الأجر إلا بالاجتهاد، ولا يكون الاجتهاد إلا ببذل الوسع؛ لكي يصل إلى الحق، فقد رَتَّبَ – ﷺ - الثواب على الاجتهاد، وجعل للمصيب أجرين، وللمخطئ

1- انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (3 / 541)، الشوكاني: فتح القدير (4 / 492).
2- سورة النساء: الآية (83).
3- انظر: سيد قطب: الظلال (2 / 724).
4- سبق تخريجه: انظر (ص: 13)من الرسالة.

أجراً واحداً، وهذا يجري على القاضي؛ لأنه في حاجة إلى الاجتهاد لفض الخصومات، ورد الحقوق إلى أصحابها[1].

2- ما رواه ابن بريدة، عن أبيه-رضى الله عنهما-، عن النبي – ﷺ - أنـــه قـــال: " **القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم، فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار** " [2].

وجه الدلالة:-

إن العامي إذا قضى فإنه يقضي على جهل، وبالتالي يدخل ضمن الوعيد في الحـــديث، فلو قدرنا أنه طابق الحق في حكمه؛ لكان قد حكم بالحق وهو لا يعلم به، فهو أحد قاضيي النار، وإن حكم بغير الحق فهو القاضي الآخر من قضاة النار، فلزم أن يكون القاضي عالمـــاً ويقضي بالحق، ولا يكون ذلك إلا من المجتهد [3].

3- ما روي عن الرسول – ﷺ - في بعثه لمعاذ بن جبل إلى اليمن فقال لـــه: " **كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله – ﷺ –، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله–ﷺ –،ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد رأيي، ولا آلو، فضرب رسول الله– ﷺ – على صدره وقال: الحمد لله الذي وَفَّق رسولَ رسولِ الله لما يُرضي الله ورسوله**" [4].

1- زكريا الأنصاري: فتح العلام(ص:671).

2- سبق تخريجه: انظر (ص : 15) من الرسالة.

3- انظر: الشوكاني: السيل الجرار (4 / 275).

4- أبو داود : السنن (18)كتاب الأقضية، (11) باب اجتهاد الرأي في القـــضاء، حـــديث رقـــم (3592)، والترمذي: السنن(12) كتاب الأحكام، (3)باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقـــم (1342 ، 1343) ، ثم قال : هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وليس إسناده عندي بمتصل ، وقد ضعفه بعض العلماء لجهالة أصـــحاب معاذ من أهل حمص، وقال ابن الجوزي : لا يصح ، والحق أن شهرة هذا الحديث تكفي لتصحيحه والاستدلال به، قال الخطيب البغدادي : " على أن أهل العلم قد تقبلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم " ، انظـــر : الخطيـــب البغدادي : الفقيه والمتفقه (1 / 188).

وجه الدلالة :-

أن النبي- ﷺ - أقر معاذاً- ﷺ - على ما أراد أن يفعله عندما يعرض له قضاءٌ لا يجد حكمه في الكتاب ولا في السنة، واستبشر- ﷺ - بذلك؛ مما يدل على أن صفة الاجتهاد في القاضي مطلوبة؛ لما لها من أهمية واضحة في التعرف على الحق المؤدي إلى الحكم بالعدل.

فالقاضي مأمور بالحكم بالحق؛ لقوله تعالى : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [1]، وإنما يمكنه القضاء بالحقّ إذا كان عالماً بالكتاب، والسنة، واجتهاد الرأي؛ لأن الحوادث ممدودة، والنصوص معدودة، فلا يجد القاضي في كل حادثة نصاً يفصل به الخصومة، فيحتاج إلى استنباط المعنى من المنصوص عليه، وإنما يمكنه إذا كان عالماً بالاجتهاد [2].

ثالثاً: من المعقول:-

استدلوا من المعقول من أربعة وجوهٍ:-

1- إن التقليد ضرورة لا يباح إلا لمن اضطر إليه، أما إذا كان لدى الإنسان أهلية لأخذ الأحكام من مصادرها الأصلية؛ فإنه يحرم عليه أن يقلد إماماً أو صاحباً؛ لأن الله سبحانه وتعالى لم يتعبدنا بقول فلان أو علان [3].

2- إن ولي الأمر كوصي اليتيم بالنسبة للرعية، ومن ثَمَّ فعلى ولي الأمر أن يمنع مَنْ لا يحسن الطبَّ من ممارسته؛ لما في عنقه من رعاية المصلحة العامة، وكذلك مَنْ لا يحسن الفقه يمنع من ممارسته من باب أولى، لأنه يتعلق بالدين [4].

1- سورة ص : الآية (26).
2- انظر: الطرابلسي : معين الحكام (ص : 14) .
3- انظر: ابن قدامة : روضة الناظر (3 / 1008).
4- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 131) .

والقضاء نوع عالٍ جداً من ممارسة الفقه؛ إذْ هو ممارسة للفقه، وإلزام به.

3- إن المفتي يشترط فيه الاجتهاد، والقضاء أولى بهذا الشرط من الإفتاء؛ لأن الإفتـاء إخبار عن الحكم الشرعي فقط، أما القضاء فبالإضافة للإخبار فيه صفة الإلزام، فإذا اشترط في المفتي أن لا يكون عامياً؛ فالقاضي من باب أولـى [1] .

4- ثم إن الحوادث كثيرة غير محصورة، والنصوص محدودة، فلا يمكن أن يجد القاضي في كل حادثة نصاً خاصاً بها، فيضطر إلى الاستنباط للوصول إلى الحكم، فلو لم يكن مجتهداً لما استطاع الوصول إلى الحكم ، فيقف القضاء [2].

(ب) أدلة الحنفية ومن وافقهم :-

استدل الحنفية على أن الاجتهاد شرط أولوية واستحباب بالكتاب، والسنة والمعقول :

أولاً : من الكتاب :-

قال تعالى : ﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ * بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ ﴾ [3] .

وجه الدلالة :-

حثت الآية على سؤال أهل العلم عند عدم المعرفة، والآية عامة يدخل فيها القاضـي وغيره، فإذا سأل القاضي المقلد عالماً، فأفتاه، فحكم بقوله، فقد أدى ما يجـب عليـه؛ لأن فصل القضاء فرض توجب عليه فعله، فإذا فصله بفتوى غيره أدى الواجب، كما لو استفتى في حق نفسه [4] .

ثانياً : من السنة :-

عن علي بن أبي طالب – ﷺ - قـال: **أنفذني رسول الله – ﷺ – إلى اليمن قاضياً، وأنا حديث السن، فقلت: تنفذني إلى قوم وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء؟! فقال:**

1- انظر: ابن قدامة : المغني (14 / 15).
2- انظر: الطرابلسي : معين الحكام (ص : 14).
3- سورة النحل : الآية (43 ، 44).
4- انظر : السمناني: روضة القضاة وطريق النجاة(1 / 60)؛ ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 239).

" إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضِ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " قال: فما زلت قاضياً، أو فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك " [1].

وجه الدلالة :-

يدل الحديث على أن الاجتهاد ليس بشرط في تولي القضاء، فقد بعث النبي – ﷺ - علياً قاضياً إلى اليمن وهو حديث السن، و لم يكن من أهل الاجتهاد [2].

ثالثاً : من المعقول :-

استدلوا من المعقول بأربعة وجوه :-

1- إن المقصود من القضاء هو إيصال الحق إلى مستحقه، وهذا يحصل من القاضي الجاهل إذا عمل بفتوى غيره؛ حتى لا تتعطل مصالح العباد [3].

2- إنه إذا جاز له أن يحكم في الاستفتاء في حق نفسه جاز له أن يحكم به في حق غيره؛ لأنهما معاً حكم بعلمٍ، فاستويا.

3-قياساً على الشهادة؛ لأن من جاز أن يكون شاهداً جاز أن يكون قاضياً؛كالعالم [4].

4- إنَّ التزامَ مذهب معين من المذاهب المدونة أدنى إلى السياسة، وأنفى للتهمة، وهو ما يتوفر بتولية المقلد، فأما بُعْدُ المقلد من التهمة فلأنه لا يستطيع أن يقضي إلا بالراجح من مذهب إمامه الذي وُلِّيَ أساساً على أن يحكم به، فلا تكون عنده فرصة للتلاعب، وأما كونه أدنى إلى السياسة؛ فلأن من مصلحة الناس أن يُجْعَلَ القضاةُ مقيدين بمذهب معين [5]،

1- سبق تخريجه : ص (19) من الرسالة .

2- انظر: ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 237) .

3- انظر : الكاساني: بدائع الصنائع (7 : 4)، المرغيناني : الهداية (3 : 112) .

4- انظر : الكاساني: بدائع الصنائع (7 / 4)، ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 238)، الماوردي : أدب القاضي (ص : 132).

5- انظر : الطرابلسي: معين الحكام (ص : 27)، الكاساني : بدائع الصنائع (7 / 5) .

فالمصلحة تكمن في معرفة الناس للأحكام التي تصدر عن القضاة فلا تغيير ولا تبديل فإن بَدَّل القاضي كان الاستئناف.

المناقشة :-

(أ) مناقشة أدلة الجمهور :-

1- ما ذكروه من أن الجاهل والمقلد لا يستطيع معرفة الأحكام حتى يحكم بالعدل: مردود بأن المقلد يمكنه القضاء بفتوى غيره، ومقصود القضاء – وهو إيصال الحق إلى مستحقه، ورفع الظلم – يحصل بذلك، فاشتراط الاجتهاد ضائع، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه، بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقوله في مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم، وهو المطلوب.

2- أما كون معاذ - ﷺ - **قال:** أجتهد برأيي، وأنه يدل على كون القاضي مجتهداً: فلا يلزم منه اشتراطه، وإنما لم يذكر معاذ - ﷺ - الإجماع؛ لأنه لم يكن حجة في زمانه [1]، مع العلم أن حديث بعث معاذ إلى اليمن قاضياً حديث ضعيف، ولا ينهض للاحتجاج به، رغم شهرته، وكثرة الاستدلال به في كتب الفقه[2].

(ب) مناقشة أدلة الحنفية ومن وافقهم:-

1- **قولهم:** إن تقليد المقلد القضاء يحصل به الغرض المقصود من القضاء: مردود بأن المقلد جاهل بطريق العلم، وليس لديه علم يقضي به، وكيف يعلم أنه قضى بالحق وهو جاهل لا يستطيع معرفة ما يقضي به؛ إذ قد يفتي خطأ فيضل في الحكم ويقضي بالجور والباطل، فتولية المقلد والجاهل القضاء ذريعة للحكم بالباطل، والإسلام سعى جاهداً في سد الذرائع الموصلة إلى الباطل، والحيلولة دون الوقوع فيها، فكل ما أفضى إلى الممنوع فهو ممنوع[3].

1- انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 237).

2- سبق تخريجه، انظر(ص:93)من الرسالة.

3- انظر: الماوردي : الأحكام السلطانية(1 / 132)، ابن قدامة : المغني (14 / 15).

2- واستدلالهم على تقليد المقلد القضاء بتولية النبي - ﷺ - علياً قضاء اليمن، و لم يكن مجتهداً: مردود بأنه - ﷺ - دعا له بأن يهدي الله تعالى قلبه، ويثبت لسانه، فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد ؛ وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في حق غيره [1].

3- وأما استدلالهم بالعامي المستفتي في حق نفسه: **فيجاب عنه من وجهين :-**

أحدهما: إن العامي مضطر، والحاكم غير مضطر.

وثانيها: إن العامي يلتزم الفتوى في حق نفسه، والحاكم يوجبها على غيره، وإذا ثبت الفرق فلا حجة لهم في ذلك [2].

4- وأما استدلالهم بالقياس على الشهادة: **فمردود من وجهين:-**

أحدهما: إنه لما روعي في الشهادة آلتها؛ وهو في التحمل: العقل، والبصر، والسمع، وفي الأراء: العقل، واللسان، وجب أن يراعى في الحكم آلته: وهو الاجتهاد، فصارت الشهادة لنا دليلاً، لا حجة لهم فيه .

وثانيها: إن العالم لما جاز أن يفتي جاز أن يحكم، والعامي لما لم يجز أن يفتي لم يجز أن يحكم، فافترقا [3] .

الترجيح :-

إن الذي **يترجح لي**– والعلم عند الله – في مسألة اشتراط الاجتهاد في القاضي من عدمه؛ هو ما ذهب إليه المحققون من أهل العلم: **وهو اشتراط الاجتهاد المطلق في القاضي، فإن عُدِمَ المجتهد المطلق، جاز تولية المجتهد المقيد بمذهب معين، فإن عُدما جاز تولية المقلد الذي لديه نوع علم، وأهلية فهم في مذهب من المذاهب، وذلك لئلا تتعطل مصالح**

1- انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 237) .

2- الشوكاني : نيل الأوطار (5 / 541) .

3- انظر : الماوردي : الأحكام السلطانية (1 / 132) .

الناس؛ نظراً لضعف الأهلية والهمة عن الدنو لمرتبة الاجتهاد، فضلاً عن بلوغهـــا، لمـــا يأتي:-

1- إن المذاهب الفقهية قد استوت على سوقها، فلم يعد القضاة في حاجة حقيقية إلى استنباط الأحكام من مصادرها، وغاية المطلوب منهم أن يجتهدوا في تطبيقها.

2- إن أكثر الأحكام قد جرى تقنينها منذ ظهرت مجلة الأحكام العدلية، أو وضعت المصنفات في القوانين الفقهية؛ كمرشد الحيران في الفقه الحنفي وغيره، وخاصة في الـــسنوات الأخيرة بعد أن اتسعت دراسة القانون، وصار من اليسير على الحكومات أن تـــصوغ مـــن الشريعة قوانين تنظم الحياة، كالقانون المدني الأردني، وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، وبذلك لم يعد القاضي في حاجة إلى الاجتهاد، ولا إلى مراجعة المصنفات الفقهية كـــذلك، وحسبه أن يلحق ما يعرض عليه من قضايا بما لديه من المواد القانونية المستقاة من المـــذاهب الفقهية المختلفة، وهذا لا يعني أن يكون القاضي جاهلاً لا يعرف من الأحكام شيئاً؛ بل يجب أن يكون عارفاً بالأحكام الشرعية، وبكيفية تطبيقها.

فالواجب اعتبار الأصلح فالأصلح، وهذا عند القدرة والاختيار، وأما عنـــد الـــضرورة والغلبة بالباطل فليس إلا الاصطبار، والقيام بأضعف مراتب الإنكار [1].

3- انسجام هذا القول مع مقاصد الشريعة الكلية التي جاءت برفع الحرج والمشقة عـــن العباد؛ فإن القول بعدم اشتراط الاجتهاد مطلقاً: فيه تضييع لحقوق العباد؛ وإباحة للظلـــم، والحكم بالجهل، والقول باشتراط الاجتهاد مطلقاً: فيه تضييق على العباد، خصوصاً الولاة؛ فإن المجتهد قد يتعذر وجوده، مما يتطلب تولية غير الأهل للضرورة، مع السعي في إصـــلاح الأحوال حتى يكمل في الناس ما لا بد لهم منه من أمور الولايات والإمارات، ونحوها [2] .

1- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139).

2 – انظر: ابن تيمية : السياسة الشرعية (ص : 27).

وقد قال الإمام أحمد بن حنبل– رحمه الله -: **" إنه لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟! "** [1] **.**

4- إن ترك الناس بدون قاضٍ يفصل بينهم في خصوماتهم، ويرجعون إليه عند منازعاتهم، يؤدي إلى مفاسد عظيمة، والشريعة جاءت بسد الذرائع الموصلة إلى الفساد، والحيلولة دونها في سبيل تحقيق الحياة الكريمة للأفراد والجماعات، **وقد قال الإمام مالك بن أنس**–رحمه الله-: **" بجواز إمامة المفضول مع وجود الفاضل، إذا كان ذلك يحقق مصلحة ويدرأ مفسدة "** [2] **.**

وذلك أن بعض الولاة قد يستعمل على القضاء من ليس بأعلم، ولا بأفضل الموجودين في زمانه، فإن قلنا بعدم صحة تلك الولاية تعطل منصب القضاء، ودخل الفساد على العباد.

5- إن الهمم في العصور المتأخرة– لا سيما هذا العصر – قد ضعفت، والعزائم على طلب العلم قلت، حتى أصبح غالب من ينتسب للفقه والعلم مقلداً، وقل المجتهدون.

قال ابن الطلاع [3]– رحمه الله - : **" واتفق أبو حنيفة ومالك، والشافعي: على أنه لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالماً بالحديث، والفقه معاً، مع عقل، وورع، وكان مالك يقول في الخصال التي لا يصلح القاضي إلا بها: لا أراها تجتمع اليوم في أحد، فإذا اجتمع منها في الرجل خصلتان، رأيت أن يولى: العلم، والورع "** [4] **.**

وإذا فيكفي مجرد توفر العلم لدى القاضي، ومعرفته بمذهب إمامه الذي يقلده.

1- ابن قدامة: المغني (14 / 5).

2- انظر : الشاطبي : الاعتصام (2 / 376 ، 377).

3- هو أبو عبد الله محمد بن الفرج القرطبي المالكي، المعروف بابن الطلاع، مفتي الأندلس ومحدثها، من كبار أئمة المالكية الذين برعوا في الفقه والفتوى والشورى، ولد سنة (404 هـ)، وتوفي سنة (497 هـ)، انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء (19 / 199)وما بعدها، رقم (121).

4- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 22) ، ابن أبي الدم : أدب القضاء (1 / 42).

وإذا جاز تولية المقلد القضاء للضرورة في زمان أولئك العلماء الأجلاء ففي هذه الأزمنة المتأخرة أولى وأجوز، وإلا لتعطلت مصالح الناس .

وفي هذا يقول ابن هبيرة [1]– رحمه الله – تعليقاً على القول بعدم اشتراط الاجتهاد المطلق في القاضي:-

"وبمقتضى هذا القول فإن ولايات الحكام في وقتنا هذا ولايات صحيحة، وإنهم قد سدوا من ثغر الإسلام ما سَدُّهُ فرض كفاية، ومتى أهملنا هذا القول و لم نذكره، ومشينا على طريق التغافل التي يمشي فيها من يمشي من الفقهاء الذين يذكر كل منهم في كتاب إن صنفه، أو كلام إن قاله: إنه لا يصح أن يكون أحدٌ قاضياً حتى يكون من أهل الاجتهاد، ثم يذكر في شروط الاجتهاد أشياء ليست موجودة في الحكام ، فإن هذا كالإحالة، وكالتناقض، وكأنه تعطيل للأحكام، وسدٌ لباب الحكم، وإنه لا ينفذ لأحد حق ، ولا يكاتب به، ولا يقام بينة، ولا يثبت لأحد ملك، إلى غير ذلك من القواعد الشرعية، فكان هذا الأصل غير صحيح "[2].

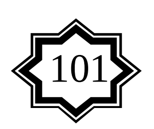
ولكن ذلك مشروط بعدم وجود المجتهد " **فلا تصح تولية مقلد في موضع يوجد فيه عالم، فإن تقلد فهو جائر متعد؛ لأنه قعد في مقعد غيره، ولبس خلعة سواه من غير استحقاق**"[3]، ومشروط كذلك: بكون المقلد عارفاً بمذهب إمامه، ذا قدرة على الترجيح بين الأقوال، والأدلة، فإن المقلد المتصف بهذه الصفات وإن كان قليل الوجود إلا أنه غير معدوم[4].

1- هو أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعيد بن الحسن الدوري الشيباني الحنبلي البغدادي، كان وزيراً للخليفة العباسي المقتفي، برع في الفقه والحديث وشتى العلوم الشرعية، ولد سنة(499 هـ)، وتوفي– مسموماً – سنة (560 هـ)، الذهبي: سير أعلام النبلاء(20/ 426 ، 432)، رقم (282).

2- ابن هبيرة: الإفصاح(ص : 477).

3 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 22).

4 – انظر: المرجع السابق.



رأي القانون :-

اشترط القانون المعمول به حالياً في الشخص الذي يتقدم للعمل في القضاء الشرعي:

" أن يكون حاصلاً على الإجازة في القضاء الشرعي، أو أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية من كلية الشريعة الإسلامية، أو من كلية حقوق تدرس فيها مواد الشريعة الإسلامية " [1].

فهذا النص يشترط العلم في القاضي، ولا يشترط أن يكون مجتهداً؛ فإن شهادة البكالوريوس في الشريعة لا تؤهل الطالب أن يكون مجتهداً، فالذي تشترطه كل التشريعات هو العلم، ويضاف إلى ذلك أنهم يشترطون التدرب على العمل القضائي، واجتياز مسابقة امتحان لاختيار أفضل المتقدمين للوظيفة القضائية [2] .

وبذلك يلتقي القانون مع ما ملت إلى ترجيحه في عصرنا من جواز أن يتولى القضاء غير المجتهدين مشترطاً أن يكونوا قد أوتوا حظاً من العلم والفقه [3] .

المطلب الثاني

ضمان القاضي

إن اجتهاد القاضي مبناه النظر، واستفراغ الوسع والطاقة للوصول إلى الحكم الشرعي، فإذا بحث القاضي في مسألة، وأمعن النظر فيها، وبذل غاية جهده حتى توصل إلى حكم في هذه المسألة؛ كان هذا الحكم هو الواجبَ في حقه، وهو الذي يقضى به، فإنْ بان خطأ هذا القول، وحياده عن الصواب؛ فهل يضمن القاضي، ويؤاخذ بما وقع في أحكامه من أخطاء، أم أنه لا يجوز مساءلته عن ذلك؛ بسبب كثرة ما يجرى على يده من التصرفات والأحكام، **هذا ما يتضح في الفرعين الآتيين:**

1- انظر: أبو البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (ص : 41).

2- انظر: التكروري : الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (ص : 21).

الفرع الأول: حقيقة الضمان ومشروعيته: -

في هذا الفرع أتناول حقيقة الضمان، ومشروعيته، وذلك من خلال البندين التاليين: -

البند الأول: حقيقة الضمان: -

أولاً: الضمان لغة: يقال ضمن الشيء ضماناً وضمناً فهو ضامن: أيْ كفله، وضمن الرجلَ ضماناً كفله، أو التزام أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه.

يقال : ضمنت الشيء ضماناً كفلت به، وضَمَّنْتُهُ الشيء تضميناً فتضمنه، والضامن الكفيل أو الملتزم أو الغارم [1].

ثانياً : الضمان اصطلاحاً: تعددت تعريفات الفقهاء في إطلاق لفظ الضمان، غير أن معظمها ظل محصوراً في التعويض المالي ومن ذلك: -

1- **عرفه الغزالي بقوله :** **" هو واجب ردِّ الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة "**[2].

2- **وعرفه الشوكاني بقوله :** **" الضمان عبارة عن غرامة التالف "**[3].

3- **وعرفه الزرقا بقوله :** **" الضمان التزام بتعويضٍ مالي عن ضرر للغير "**[4].

4- **وعرفه وهبة الزحيلي بقوله :** **" الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية "**[5].

1- انظر: ابن منظور : لسان العرب ، مادة (ضمن)، (8 / 89)، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، مادة(ضمن)، (4 / 243)، الجوهري: تاج اللغة " الصحاح " مادة (ضمن) (2 / 1577)، الفيومي: المصباح المنير مادة (ضمن)، (ص: 188) .

2- الغزالي : الوجيز (1/ 208) .

3- الشوكاني : نيل الأوطار (5 / 299).

4- الزرقاء : المدخل الفقهى العام (ص : 1017).

5- انظر : وهبة الزحيلي : نظرية الضمان (ص : 15).

5- **وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة(416) تعريف الضمان بأنــه:** " إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات " [1].

بعد النظر في هذه التعريفات نجد أنها تلتقي كلها على تعويض الشخص المضمون لــه لقاء ما أصابه من اعتداء أو ضرر، سواء أكان بعقد أم بغير عقد.

وأرى أن تعريف الدكتور وهبة الزحيلي القائل فيه : " هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية " **هو أولى التعريفات بالتبني؛ لما يأتي :-**

1- إن التعريفات الأخرى تناولت الضمان بمعنى دفع التعويض لمستحقه، ولم تتناول الضمان بمعناه العام، وهو ما يشمل التعويض وغيره .

2- إن تعريف الدكتور وهبة الزحيلي يشتمل على التعويض المالي، وكذلك غيره من أنواع التعويض؛ نتيجة لما يتلف من المال، أو يضيع، أو يقع من الضرر على الغير.

البند الثاني : مشروعية الضمان :-

دل على مشرعية الضمان الكتاب، والسنة، والإجماع:-

أولاً : الكتاب :-

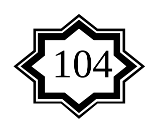
1- قوله تعالى:﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ، وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

قوله تعالى: ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ أي كفيل ضامن، ذلك أن سيدنا يوسف قد خاطب إخوانه بفقدان صواع الملك، وأنه ضامن لمن جاء به حمل بعير جُعْلاً ومكافأة، فدل على مشروعية الضمان في الجملة.

1- انظر : الباز : شرح المجلة ، مادة (416).

2- سورة يوسف : آية(72).



قال ابن كثير: " هذه الآية من باب الضمان والكفالة " [1].

2- قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [2] .

وجه الدلالة :-

أرشدت الآية إلى جواز أن نفعل بالمعتدي مثلما فعل من العدوان والخيانة، فدخل فيها إباحة تضمينه ما أتلفه بالعدوان، فدل على مشروعية التضمين إجمالاً[3].

ثانياً: السنة :-

1-روى أنس- ﷺ-قال: أهدت بعض أزواج النبي- ﷺ -إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت ما فيها،فقال النبي- ﷺ -"طعام بطعام، وإناء بإناء"[4].

وجه الدلالة :-

إن النبي - ﷺ - قد ضَمَّنَ عائشة ما أتلفت **فقال** طعام بطعام وإناء بإناء فدل على جواز التضمين لما أتلفناه من أموال الآخرين.

2- عن أبي أمامة - ﷺ - قال: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: " **إن الله – ﷻ – قد أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية لوارث، ولا تُنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله: ولا الطعام؟ قال: ذاك أفضل أموالنا، ثم قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم** " [5] .

1- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم(2 / 485).

2- سورة البقرة: الآية (194).

3- انظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم(228/1).

4- الترمذي: السنن(13) كتاب الأحكام(23) باب ما جاء فيمن يُكسر له الشيء ما يُحكم له من مال الكاسر (ح : 1359)، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح.

5- أبو داود: السنن، (17) كتاب البيوع.(90) باب في تضمين العَوَد(ح 3565)، الترمذي: السنن(11) كتاب البيوع،(39)باب ما جاء في أن العارية مؤداة،(ح 1265)، صحيح: صححه الإلباني: صحيح الجامع(ح 172).

وجه الدلالة :-

إن النبي - ﷺ - قال (**الزعيم غارم**)، فالزعيم هو الضامن والكفيل وقد حكم عليه - ﷺ - بالضمان، وذلك بإثبات الغرم عليه، فدل ذلك على مشروعية التضمن، خاصة فيما كفل به الإنسان، ويدخل في ذلك متلفاته.

ثالثاً : الإجماع :-

أجمع الفقهاء على مشروعية الضمان [1]، فصار بذلك حكماً قطعياً لامــراء فيــه؛ لأن الإجماع يرتقي بالحكم إلى درجة اليقين.

الفرع الثاني: ضمان القاضي:-

بعد التعرف على ماهية الضمان، ومشروعيته، أقف على مسألة ضمان القاضي، وهــل يؤاخذ بما يقع في أحكامه من أخطاء، أم أنه لا يجوز مساءلته؟ حيث يظهر لي أن الفقهاء قــد فَصَّلوا القول في ضمان القاضي، فبان أن خطأ القاضي في الأحكام لا يعدو أحد وجهين:-

الأول: أن يكون القاضي متعمداً الخطأ، قاصداً إياه.

الثاني: أن يكون خطؤه من غير قصد ولا تعمد.

الوجه الأول:-

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضي إذا تعمد الخطأ والجور؛ كأن يتعمد في قتــل، أو قطع، أو جناية على الأبدان؛ فإنه يضمن، فيقاد منه؛ لأنه كالمكره لمن أمــره، وإن لم يباشــر ذلك بنفسه، فيضمن ما أتلفه من مالٍ في ماله، ويُعَزَّرُ، وكذلك يُشَهَّرُ به ويفضح؛ زجراً لــه عمَّا تعمده من خطأ، وكذلك يعزل من منصب القضاء، ولا تقبل ولايته أبــداً، ولا تقبــل شهادته

1- انظر : ابن المنذر : الإجماع (ص : 99) ، المغني : ابن قدامة (7 / 72) .

وإن تاب؛ كشاهد الزور [1].

وذلك كله لتظهر جلالة منصب القضاء، وعلو شأنه، وليستتبَّ الأمن، ويعم العدل والاستقرار؛ فتكون هذه العقوبات زجراً وردعاً لمن تسول له نفسه الحكم بالجور والظلم جرياً وراء شهوة الدنيا.

الوجه الثاني:-

أن يكون خطأ القاضي من غير قصد أو تعمد؛ فهل يؤاخذ القاضي ويضمن؛ بما تسبب به من قضاء.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:-

أولاً: أقوال المذاهب:-

1- **المذهب الأولً:** ذهب الحنفية [2] إلى أن القاضي إذا أخطأ في قضائه؛ بأن ظهر أن الشهود كانوا محدودين في قذف مثلاً، فالأصل أنه لا يؤاخذ بالضمان، وفصلوا في ذلك: إن القاضي إذا أخطأ بدون قصد فإنه لا يلحقه الضمان بأي حال من الأحوال، وإن المقضي به إما أن يكون من حقوق الله، أو من حقوق العباد؛ فإن كان من حقوق الله فالضمان على بيت المال، وإن كان من حقوق العباد فالضمان على المقضى له.

2- **المذهب الثاني :** ذهب المالكية، والشافعية، وقيد الشافعية ذلك فيما عدا الأموال، وقد ذهبوا إلى أن الضمان على العاقلة؛ واشترط المالكية في تضمين العاقلة شرطين[3].

1- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 112)وما بعدها ، الكاساني: بدائع الصنائع (7 / 23) ، السمناني: روضة القضاة (1 / 154)وما بعدها ، الدسوقي : حاشيته (4 / 210) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 69)وما بعدها، النووي : روضة الطالبين (11 / 308)وما بعدها ، الشربيني : مغني المحتاج (6 / 393) ، البهوتي: شرح منتهى الإرادات (3 / 536)، ابن القيم : الطرق الحكمية (ص : 377)، الشوكاني: السيل الجرار (4 / 304)، الكيلاني: استقلال القضاء (ص : 134).

2- انظر : الكاساني: بدائع الصنائع (7 / 23)، ابن عابدين: رد المحتار(8 / 112)وما بعدها، السرخسي: المبسوط (9 / 80).

3- انظر: الدسوقي: حاشيته (6 / 44)، الخرشي: حاشيته (7 / 524) النووي: روضة الطالبين (11 / 308)وما بعدها، الشربيني : مغني المحتاج (6 / 393)وما بعدها.

الشرط الأول: ألا يعلم الشهود أن أحدهم كافر أو عبد، ويتصور ذلك كأن يشهد اثنان أحدهما كافر أو عبد، ولم يعلم الشاهد حال صاحبه، أما إذا علم بذلك فإنه يغرم وحده.

الشرط الثاني: ألا يعلم القاضي حال الشهود عند الإدلاء بالشهادة، وإلا يلزم الضمان عليه وحده.

قال ابن جزي: " إذا حكم حاكم بشهادة شاهدين، ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهما لم يضمن القاضي ما أتلف بشهادتهما، ولو قامت بينة بكفرهما أو رِقِّهما ضمن، لعدم تحرية وسؤاله عن حال الشهود "[1] .

3- **المذهب الثالث :** وذهب الشافعية، والحنابلة[2] إلى أن الضمان على القاضي وحده، وقيد الشافعية ذلك أن يكون في الأموال التالفة.

ثانياً: أدلة المذاهب: -

1- **استدل الحنفية بالكتاب والمعقول كما يلي: -**

(أ)الكتاب: -

استدلوا بقوله تعالى: ﴿ **وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ** ﴾[3] .

وجه الدلالة: -

تدل الآية الكريمة على أنه ليس عليكم جناح في شئ أخطأتم به، فلا إثم ولا مؤاخذة، والحاكم غير معصوم من الخطأ[4].

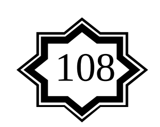
(ب) الأدلة من المعقول: -

1- ابن جزي : القوانين الفقهية (ص : 307).

2- انظر: النووي: روضة الطالبين (11 / 308)وما بعدها ، الشربيني : مغني المحتاج (6 / 393)وما بعدها: ابن قدامة: المغني (14 / 256 ، 257) ، كشاف القناع: البهوتي(6 / 476)، ابن تيمية: الاختيارات الفقهية(ص: 286)، ابن القيم: الطرق الحكمية(ص : 377)، البهوتي: شرح منتهى الإرادات(3/ 536، 537).

3- سورة الأحزاب: الآية (5).

4- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن(433/7).



1- إن القاضي مكلف بالحكم بالظاهر،وليس علم الغيب.

2- إن ضمان المحكوم له إذا كان الخطأ في حقوق العباد فإن القاضي قضى له فلـــزم أن يكون خطأه عليه، ويمكن رده خاصة، وهو قائم، رده على المقضي عليه؛ لأن قضاءه وقـــع باطلاً، وردُّ عين المقضي به ممكن[1] .

روى سمرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " **على اليد ما أخذت حتى تؤدي** "[2].

3- وأما في حقوق الله فالضمان في بيت المال؛ وذلك لأن القاضي عمل في الـــدعوى لعامة المسلمين، فعود منفعتها إليهم، فكان خطؤه عليهم، ولا يـــضمن القاضـــي، فيكـــون الضمان على بيت مال المسلمين.

2- استدل المالكية والشافعية بما يلي: -

1- إن الضمان تعلق بالقاضي؛ لتفريطه بترك البحث التام عن حال الـــشهود، فتلـــزم عاقلته بذلك[3].

وذهب الشافعية في ضمان العاقله أن تصدق القاضي على فعله، وإلا يلـــزم القاضـــي وحده[4]، ويلاحظ أنهم لم يفرقوا بين حقوق الله وحقوق العباد في ذلك.

3-واستدل الشافعية والحنابلة بما يلي: -

1-إنها جناية صدرت عن خطأ القاضي فكانت مضمونة عليه.

2-إن الإتلاف حصل بسبب قضائه، فأشبه ما لو باشره[5].

1- السمناني: روضة القضاة(157/1).

2- الترمذي : السنن (11) كتاب البيوع (30) باب ما جاء في أن العارية مؤداة (ح 1266)، وقـــال أبـــو عيسى: هذا حديث حسن صحيح .

3- الدسوقي: حاشية(44/6)، الخرشي: حاشية(162/4).

4- النووي: روضة الطالبين(308/11)وما بعدها، الشربيني: مغني المحتاج(393/6)وما بعدها.

5- النووي: روضة الطالبين(308/11)، ابن قدامة: المغني(256/14)وما بعدها.

ثالثاً: الترجيح :-

بعد عرض أدلة الفقهاء في ضمان القاضي فيما لا قصد له فيه؛ يظهر لى رجحان ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا ضمان على القاضي، ما لم يتعمد، وإنما الضمان على بيت مال المسلمين، وهذا ما ذهب إليه الشوكاني [1] ، حيث قال: الحاكم مَعْذور بالخطأ؛ وذلك لأن تأهله ليس يَعصمه عن الخطأ، فإذا حكم بخلاف الحق خطأً فلا ضمان عليه؛ بل له أَجْر؛ لقوله - ﷺ -: " **إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر** " [2].

وجه الدلالة :-

إن النبى - ﷺ - لم يضمن القاضي حيث إنه - ﷺ - قال: " **إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإن حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر** ".

ولكنه ههنا قد كان حكمه هذا الذي وقع على جهة الخطأ سبباً لذهاب مال المحكوم عليه، فهو مظلوم، ورفع ظلامته واجب، وقد تعذر الرجوع بالعين أو بقيمتها على المحكوم له، و لم يتعلق بالحاكم الضمان، ولا يجوز تضمينه مع الخطأ، فلم يبق إلا جبر ما لحقه من الخسر من بيت المال، فيكون له حكم الغارم .

وهذا ما تكفل به رسول - ﷺ - في آخر النبوة بعد أن فتح الله على المسلمين بأن مَنْ ترك دَيْناً أو ضيَّاعاً [3] فهو عليه وإليه فمال هذا المحكوم عليه بالخطأ هو دين على من استغرقه، وقد تعذر الرجوع عليه؛ فكان ديناً على بيت مال المسلمين، وهو ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي من أنه: " لا يضمن القاضي الدية إذا أخطأ في قضائه، وإنما ضمانها في بيت المال " [4]؛ **وذلك لما يأتي:**

1- إن القاضي مكلف بالحكم في ظواهر الأمور والبينات، وليس مطلوباً منه أن

1- الشوكاني : السيل الجرار (4 / 305).

2- سبق تخريجه (ص : 13) من الرسالة.

3- الضيَاع : العيال انظر الفيومى : المصباح المنير مادة ضيع (ص : 189).

4- انظر: وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته (4 / 2843).

يتفحص بواطن الشهود؛ لما أثر عنه - ﷺ - أنه قال : " **إنكم تختصمون إليِّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض، فأقضيَ له بنحو مما أسمع ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار** " [1] .

وجه ذلك أن القاضي لا يؤاخذ بما قضى، وإنما الذي يؤاخذ هو المدعي، فلا يأخذ ما أدعى به، ومن فعل ذلك وأخذه فإنما هي قطعة من النار يأكلها في بطنه.

2- إن القضاء من الولايات العامة التي يعود نفعها للناس عامة، فيقتضي ذلك أن يرجع عليهم ضمان أخطائها.

3- إن إيجاب ضمان ما يخطئ فيه القاضي على العاقلة فيه إجحافٌ بهم، فاقتضى ذلك التخفيف عنه؛ بجعل الضمان في بيت المال.

4- إن تغريم القضاة يؤدي إلى تزهيد الناس عن تولية منصب القضاء، لا سيما إذا حاك في نفوسهم هاجس الضمان، فالنفس مجبولة على حب المال لا ضياعه وفقده بالضمان.

موقف القانون:-

نصَّت مواد قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني على ما يحفظ القضاة من الضمان، وأنه إذا لزم الضمان كان على المدعي، وذلك على النحو التالي:-

ما يحفظ القضاة من الضمان استئناف الأحكام [2] .

***جاء في المادة رقم** (218): (لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية

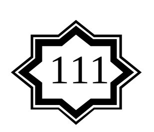
1- سبق تخريجه (ص : 15) من الرسالة .

2- إن المحاكم على ثلاث درجات 1- المحكمة الشرعية العليا. 2- محاكم الاستئناف .
3- المحاكم الابتدائية .

*ومحاكم الاستئناف النظامية هي التي تنظر في الأحكام التي ترفع إليها من المحاكم الابتدائية مرافعة ، وهي طريق عادي للطعن في الأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى أمام محاكم الدرجة الثانية؛ عملاً بمبدأ التقاضي على درجتين.

انظر: أبا البصل: شرح قانون أصول المحاكم الشرعية (ص / 216)وما بعدها، التكروري: الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية(ص / 139) وما بعدها.

.



الابتدائية إلا بعد مضي ميعاد الاستئناف)[1] .

وقد نصت مادة رقم (183) على أنه:

(يقدم طلب الاستئناف إلى المحكمة الابتدائية، أو إلى محكمة الاستئناف العليا الشرعية في ظرف عشرين يوماً من تاريخ تبلغ الحكم ... وإذا قدم الاستئناف بعد الميعاد ترفضه محكمة الاستئناف العليا الشرعية [2] .

فاستئناف الأحكام حفظ للقضاة من الضمان، وأن الضامن هو المبطل.

وقد نصت مادة (195):-

(إذا أبدت محكمة الاستئناف العليا الشرعية الحكم، أو ألغته، أو نقضته، تحكم على المبطل في دعواه بدفع الرسوم والمصاريف التي استحقت عن الحكم الابتدائي والاستئنافي، وإذا عدَّلت محكمة الاستئناف العليا الشرعية الحكم تعيِّن الجزء الذي يُلْزَمُ به كلُّ خصم من الرسوم والمصاريف التي استحقت عن الحكم الابتدائي والاستئنافي)[3].

وقد جاء في مادة (196):-

إذا أعادت محكمة الاستئناف العليا الشرعيه القضية إلى المحكمة الابتدائية لسماعها مجدداً تحكم على المبطل في الدعوى الاستئنافية بالمصاريف المستحقة على الاستئناف، وتعين المحكمة الابتدائية عند اعادة نظر القضية الفريق الذي يتحمل الرسوم والمصاريف للدعوى الابتدائية الأولى والثانية[4]، أي الأولى قبل الاستئناف، والثانية بعد عودها من الاستئناف ونظرها من جديد.

وعلى الرغم من الحصانات التي جُعلت للقاضي من استئناف الأحكام صيانة للقضاة،

1- سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 156) ، المادة رقم (218) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني .

2- المصدر السابق، (10 / 150)، المادة رقم (183) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني .

3- سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية(10 / 152) ، المادة رقم (195) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني .

4- المصدر السابق : المادة رقم (196) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني .

إلا أنه قد نصت مواد أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني على ضمان القاضي من ماله في حال الشكاية عليه في **المواد من** (138 إلى 154) [1].

مما يدل على أن القاضي ضامن لما تعدَّى فيه من ماله، وفي نفسه؛ سواء كان في الأمور المالية، أم العقوبات، **طبقاً للمواد**(152، 153):-

فقد جاء في المادة رقم (152) (**....** إذا ثبت دعوى المشتكى عليه بتأدية مصاريف محاكمة المشتكى، والأضرار والخسائر التي لحقت به؛ بسبب ما أجراه معه من الغدر)[2].

وقد جاء في المادة رقم(153) (إذا تبين أن الأفعال والحركات التي سببت الحكم على المشتكى عليه تستلزم جزاءً قانونياً يكتب بذلك إلى الحاكم العام)[3].

ويلاحظ أن الشكاية ضد القاضي إذا كانت بخصوص المال يضمن القاضي طبقاً للمادة (152)، وإذا كانت الشكاية تستوجب العقوبة يعاقب طبقاً للمادة (153)، وهذا يخالف ما رجحته من أن الضمان على بيت المال؛ لأنه حاكم للناس، فالضمان لازم، وهذا ما يؤكده، ما روي أن امرأة ذُكِرَتْ عند عمرَ - رضي الله عنه - بسوءٍ، فأرسل إليها، فأجهضت ذا بطنِها، فبلغ ذلك عمر، فشاور الصحابة، فقال بعضهم: لا شيء عليك، إنما أنت مؤدِّب.

وقال علي: عليك الدِّية؛ لأنك أفزعتها، فألقته، أي ألقت جنينها [4]، فكان الضمان في بيت المال؛ وذلك لأن الضمان إذا جعل على القاضي يجحف به وإن قل، وذلك لكثرة تكرره.

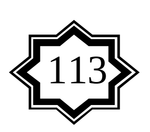
فلا بد من العمل على تعديل هذه المواد في هذا القانون؛ بحيث يكون الضمان في بيت المال؛ لأنه نائب عنهم، فيكون الغرم من بيت المال؛ أيْ " **ميزانية الدولة** " والله أعلم .

1- انظر : المواد من (138 إلى 154) من الفصل التاسع في الاشتكاء على القضاة من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفلسطيني .

2- سيسالم وأخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية(52/10)، المادة رقم (152)من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

3- المصدر السابق: مادة رقم (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

4- انظر: ابن قدامة : المغني (14 / 256)، البهوتي: شرح منتهى الإرادات(3 / 305).





المبحث الثاني

نقض اجتهاد القاضي

إن القضاة مَحطٌّ أنظار الناس، وذلك للأهمية التي لوظيفتهم في حياة الناس، فيجب إذاً أن تكون نظرة المجتمع إليهم نظرةَ احترامٍ وهيبة، وثقة مطلقة، فإذا تزعزعت الثقة في القضاة فلن يرتضي أحد حكمهم، وسينخرم حبل الأمن.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن أحكام القضاة أحكام قاطعة للنـــزاع، وذلك لأنها مستمدة من شرع الله الحكيم، فإذا كانت كذلك كان واجبُ الخصوم هو الالتزام بما قضى به القاضي، ولا يصح التعرض له بالنقض والإبطال، إلا أنه إذا شَطَّ القاضي، وخالف حكم الله ورسوله - ﷺ - صراحة؛ كان حكمه إذاً واجبَ النقض والإبطال، حيث يمكن نقض أحكام القضاة في حالات [1]، **سأكتفي منها بالمطلبين التاليين:-**

المطلب الأول

نقض اجتهاد القاضي المخالف للأصول

إن مصادر الأدلة الشرعية الأصلية التي تستفاد منها الأحكام العملية هي:-

القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، وهذه الأدلة هي المصادر التي يستند إليها القضاة، والمفتون، والدعاة .... وغيرهم .

إن حكم القاضي المستمد من شريعة الله يجب العمل به، وهذا مستمد من سيرة الرسول - ﷺ-، وكذلك الصحابة الكرام، فقد كانوا إذا ما عرض لهم أمر نظروا في كتاب الله؛ فإن لم يجدوا ففي سنة رسول الله - ﷺ - ينظرون، وإلا اجتمعوا له، وأصدروا حكماً بالقياس، أو الإجماع [2] .

لذلك فقد اتفق الفقهاء على نقض [3] حكم القاضي المخالف لهذه

1- نصت على ذلك المادة (200)، من قانون أصول المحاكمات الشرعية(10 / 153).

2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (2 / 8 ، 9).

3- النقض: " هو ابطال الحكم وعدم نفاذه إذا لم ينفذ "، الفضيلات: القضاء في الإسلام(ص : 177).

الأصول[1]، وأجمعوا على أنه باطل، وأن القاضي ملزم بالحكم بما أنزل الله؛ لقوله تعالى:﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾[2]، وذلك لأن الشريعة مورد لاستخراج الأحكام الشرعية التي يستقيم بها حال الناس؛ لأن رب الناس، وخالقهم أعلم بما يصلح حالهم من قوانين وأحكامٍ، فمن خالف شرع الله، وتنكب الطريق؛ وجب رده، ونقض حكمه.

مما يدل على وجوب تطبيق الشريعة، ونقض ما سواها، أدلة من الكتاب، والسنة، وأقوال الصحابة، والمعقول وهي كما يلي :-

أولاً: الكتاب :-

1- قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً ﴾ [3] .

وجه الدلالة :-

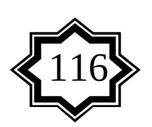
في الآية أمرٌ للمؤمنين بطاعة الله سبحانه وتعالى، والعمل بكتابه، وكذلك بطاعة الرسول - ﷺ - واتباع سنته، وأولي الأمر من العلماء والأمراء، نطيعهم في طاعة الله لا في معصيته سبحانه وتعالى.

وقوله: ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾؛ أي إلى الكتاب والسنة، وهذا أمر من الله بأن كل شيء تنازع الناس فيه من أصول الدين وفروعه، أن يُرَدَّ إلى الكتاب

1- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 87) ، السمرقندي : تحفة الفقهاء (3 / 370) ، الكشناوي : أسهل المدارك(2 / 285)، ابن فرحون: تبصرة الحكام(1 / 51) ، الشافعي: الأم(6 / 216)، النووي: المجموع(22/ 364)، المغني : ابن قدامة (14 / 34)، البهوتي: كشاف القناع(6 / 326) .

2- سورة المائدة : الآية (44).

3- سورة النساء : الآية (59).



والسنة، كما في قوله تعالى: ﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ﴾ [1] .

فما حكم به الكتاب والسنة، وشهدا له بالصحة؛ فهو الحق، وماذا بعد الحق إلا الضلال؟!؛ لهذا قال تعالى: ﴿ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ أي ردوا الخصومات والجهالات إلى كتاب الله وسنة رسوله - ﷺ -، فتحاكموا إليها فيما شجر بينكم ، ومن لم يتحاكم في محل النزاع إلى الكتاب والسنة، ولا يرجع إليهما في ذلك، فليس مؤمناً بالله ولا باليوم الآخر [2] .

مما يدل على تحكيم الكتاب والسنة، وأنه لا يجوز التحاكم إلى غيرهما.

2- قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالاً مُبِيناً ﴾ [3].

وجه الدلالة :-

إن هذه الآية عامة في جميع الأمور، وذلك أنه إذا حكم الله ورسوله بشئ فليس لأحد مخالفته ولا اختيار لأحد ههنا ولا رأى ولا قول فمن رد شيئاً من أوامر الله تعالى، أو أوامر الرسول-ﷺ-؛ جحوداً فهو خارج من الإسلام، حيث أن ما جاء به يجب العمل به [4].

3-قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً ﴾ [5].

1- سورة الشورى : الآية (10) .
2- انظر: الشنقيطي: أضواء البيان(1 / 333) الزحيلي: التفسير المنير(5/ 126)، الألوسي: روح المعاني(3/63، 64).
3- سورة الأحزاب : الآية (36).
4- انظر : ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (3 / 490)، الألوسي : روح المعاني (11 / 202).
5- سورة النساء : الآية (115).

وجه الدلالة :-

تدل الآية على وعيد مَنِ اتبع غير سبيل المؤمنين، مما يدل على وجوب اتباع سبيلهم، وليس هناك قسم ثالث بين اتباع سبيل المؤمنين، واتباع سبيل غيرهم، مما يدل على أن مخالفة سبيل المسلمين حرام [1]، ويجب نقض أي حكم يخالف ما أجمع عليه المسلمون.

4- قوله تعالى : ﴿ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ ... ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

تدل الآية على لزوم الاستفادة من الأمثال المضروبة، وأخذ الأحكام منها، وان للنظير حكم نظيره، وهذا معلوم في نظر الناس، ومستقر في عوائدهم وأحوالهم [3]، والآية دليل على مشروعية القياس، وإن الحكم بالهوى منقوض.

ثانياً : السنة :-

1- عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - خطب الناس في حجة الوداع، فقال:" **يا أيها الناس: إني قد تركت فيكم ما إنِ اعتصمتم به فلن تضلوا أبداً؛ كتاب الله، وسنة نبيه"** [4].

وجه الدلالة :-

إن الحديث دليل على التمسك بالكتاب والسنة، والعمل بهما، وأن المسلمين إذا أخذوا في أمور حياتهم وأحكامهم بغير كتاب الله، وسنة نبيه؛ فإنهم سيضلون، مما يدل على عدم جواز الحكم بغير الكتاب والسنة، وما يرجع إليها، وإلا نقض.

1- وهبة الزحيلي : التفسير المنير (5 / 271) .

2- سورة الحشر : أية (2).

3- انظر : ابن قدامة : روضة الناظر (2 / 244) ، الخطيب البغدادي : الفقيه والمتفقه (1 / 178).

4- البيهقي : السنن الكبري (كتاب آداب القاضي ، باب ما يقضي به القاضي ، ويفتي به المفتي(10/ 114)، ابن ماجة : السنن، (25) كتاب المناسك ، (84) باب حجة رسول الله - ﷺ -)، (ح 3074) ، صحيح : صححه الألباني : صحيح الجامع (ح 2937).

2- عن عائشة - ﵂ - عن رسول الله - ﷺ- قال : **" من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"** [1].

وجه الدلالة :-

يدل الحديث أن الحكم بغير ما أنزل الله عمل ليس عليه أمر الإسلام، لذا فكل حكم بغير شرع الله فهو حكم باطل ومردود.

ثانياً : أقوال الصحابة :-

1- روى البيهقي عن أبي بكر - ﵁ - أنه كان إذا ورد عليه خصم نظر في كتاب الله؛ فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به بينهم، فإن لم يجد في الكتاب نظر هل كانت من النبى - ﷺ - فيه سنة، فإن علمها قضى بها، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين [2].

وجه الدلالة :-

إن أبا بكر الصديق قد تَحَرَّى في قضائه الكتاب والسنة، وما سمعوا من علم، وما أجمع عليه المسلمون.

2- ثبت عن عمر بن الخطاب - ﵁ - أنه كان يفعل مثل أبي بكر - ﵁ -؛ فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان لأبي بكر - ﵁ - فيه قضاء، فإن وجد أبا بكر الصديق - ﵁ - قد قضى فيه بشيء قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم فاستشارهم، فإذا أجمعوا على الأمر قضى به بين الخصوم [3].

وجه الدلالة :-

إن عمر بن الخطاب - ﵁ - لم يكن يقضي عن هواه، إنما كان يرجع في قضائه إلى

1- البخاري: الصحيح(53)كتاب الصلح(5)باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود(ح 2697)، مسلم : الصحيح(30) كتاب الأقضية(8)باب نقض الأحكام الباطلة ، ورد محدثات الأمور (ح 18 – 1718).
2- البيهقي: السنن الكبرى(10 / 114)،كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي.
3- البيهقي: السنن الكبرى (10 / 115)، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي.

الكتاب، والسنة، وقضاء الصديق، فإن لم يجد دعا رؤوساء المسلمين واستشارهم، مما يدل على أن أي قضاء يخالف ذلك فهو مردود ومنقوض.

رابعاً : المعقول :-

وذلك من ثلاثة وجوه :-

1- إن الله - ﷻ - خلق الخلق، وهو أعلم بما يصلح حالهم من كتاب وسنة.

2- إن القضاء بما يخالف الشريعة — مما هو محل اتفاق — قضاء لم يصادف محله، فوجب نقضه؛ لأنه مخالف للأصول.

3- إن ترك العمل بالكتاب والسنة، أو رَفْضَ التحاكم إليهما، ضلال مما يدل على نقض ما يخالفهما من أحكام.

إن هذه الأدلة جميعاً تدل دلالة واضحة على وجوب تحكيم شريعة الله، وعدم مخالفتها، وأنها هي وحدها مصدر الأحكام القضائية وغيرها، وبدون ذلك تصبح الشريعة الإسلامية، وما يتعلق بها من أدلة ونظم وأحكام، مجردَ آراء نظرية، ليس لها أي قيمة أو اعتبار، وسوف يكون حال الناس بتركها دماراً وشناراً وظلماً وعدواناً؛ لذا فإن أي حكم يخالف الشريعة ويناقضها فهو واجب النقض والرد؛ لما ورد عنه - ﷺ -: **" من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"** [1].

ومن أمثلة مخالفة القضاة للأصول ما يلي :-

أولاً : نقض ما يخالف القرآن :-

قال تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

يأمر الله- ﷻ -أنه إذا مات الميت، وترك ذكوراً وإناثاً وميراثاً فللذكر منه ضعف الأنثى؛ لأن الرجل مطالب بالنفقة، وتحمل المشاق، ودفع مهر زوجته، بينما لا تطالب المرأة

1- سبق تخريجه من حديث عائشة (ص : 119) .

2- سورة النساء : الآية (11) .

بالإنفاق على أحد غالباً، سواء أكانت بنتاً، أم أختاً، أم أماً، أم زوجة، أم عمة، أم خالة، وإنما تنفق على نفسها إن لم تكن زوجة بعد الكبر أو البلوغ [1]، فلو قضى القاضي، وحكم بمساواة البنت لأخيها في الميراث؛ فإن حكمه باطل، ويجب نقضه؛ لمخالفته النص الشرعي[2].

ثانياً : نقض ما يخالف السنة :-

حيث يعد الحكم باطلاً إذا كان مخالفاً للسنة المطهرة الثابتة بالأحاديث النبوية ، وما جاء فيها من أحكام صحيحة السند مقبولة الاحتجاج.

ومن ذلك :-

ما ثبت عن أبي هريرة - ﷺ - قال : قال رسول الله - ﷺ - : **" لا يُجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها "** [3].

وجه الدلالة :-

نهى النبي - ﷺ - أن يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وأن ذلك مرفوض في شريعتنا الغراء؛ لما يفضي إليه هذا الزواج من بغضاء وشحناء، خاصة بين الأرحام المرأة وعمتها أو خالتها [4].

فلو قضى قاضٍ بجواز هذا النكاح فإن حكمه يعد باطلاً، وينقض لمخالفته نصاً صريحاً

1- انظر : الألوسي : روح المعاني (2 / 426)، وهبة الزحيلي : التفسير المنير (4 / 283).

2- ولعل من يذهب إلى مساواة المرأة بالرجل في الميراث ممن لا خلاق لهم ، هم من تأثروا بالغزو الفكري، ويعود السبب في هذه المساواة الكاذبة في الغرب إلى أنهم لا يلزمون الرجل بالإنفاق على زوجته ؛ بل لا يلزمون الأب بالإنفاق على بناته بعد سن الثامنة عشرة ، لذلك فقد يركب الزوجان في المواصلات العامة أو يذهبان إلى المطاعم، ويدفع كل واحد عن نفسه، أما في الإسلام فالمرأة مكفولة دائماً، فضلاً عما تتقاضاه من الصداق، وصلة الرحم، وغير ذلك.

3- البخاري : الصحيح (67) كتاب النكاح ، (28) باب لا تنكح المرأة على عمتها (ح 5108)، مسلم: الصحيح، كتاب النكاح ،(4) باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح (ح 33 ، 1408).

4- ابن حجر: فتح الباري، شرح صحيح البخاري (9 / 191)، البغوي : شرح السنة (9 / 69).

ثابتاً عن النبي - ﷺ -، فضلاً عما فيه من إيغار الصدور، مما جرت العادة باندلاعه بين الضرائر.

ثالثاً: نقض ما يخالف الإجماع :-

حيث إن الإجماع حجة؛ فقد قال النبي - ﷺ - : " **لا تجتمع أمتى على ضلالة** " [1]؛ لذلك فإن مخالفة الإجماع توجب الرد والنقض حيث إن هذا الحديث من المتواتر المعنوي المقطوع بدلالته على عصمة الأمة، وأن ما أجمعت عليه كان من دين الله حقاً.

مثاله :-

إذا حكم القاضي باختصاص الأخ بالإرث، وحرمان الجد، وجه ذلك إن إجماع الأمة كلّها ثابت في قولين:-

أحدهما : مقاسمة الجد للإخوة، وهذا قول أكثر الفقهاء.

الثاني : اختصاص الجد بالإرث، وحرمان الأخ [2] .

ولم يقل أحد بحرمان الجد، ولذلك فإذا قضى القاضي باختصاص الأخ بالإرث، وحرمان الجد، يعد هذا الحكم خرقاً للإجماع، فوجب نقضه.

رابعاً : نقض ما يخالف القياس الجلي :-

مثال ذلك :-

أن يحكم القاضي بإعطاء الموصى له وصيته إذا ثبت أنه قد قتل الموصي؛ حيث ثبت بالإجماع حكم منع القاتل الذي قتل مورثه من الإرث [3]، وقد دل عليه قول النبي - ﷺ - : " **لا يرث القاتل** " [4].

1- نص الحديث عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - قال:" **إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة، ويد الله على الجماعة،ومن شذَّ شذ إلى النار** "، الترمذي: السنن(30) كتاب الفتن(7) باب ما جاء في لزوم الجماعة، (ح 2167)،(4 / 214)، الحاكم المستدرك: كتاب العلم(1 / 116)، سنده صحيح من حديث ابن عباس - رضي الله عنه -.

2- انظر: ابن المنذر : الإجماع (ص : 69 ، 70).

3- انظر: ابن المنذر : الإجماع (ص : 70).

4- أبو داود : السنن(34 ، كتاب الديات (20) باب ديات الأعضاء)، حسنه الألباني (ح 4564).

وجه الدلالة من ذلك :-

أن من قتل مورثه لا يرثه؛ فإن القاتل قد استعجل الشيء قبل أوانه، فيرد عليه قصده، ويعاقب بالحرمان من الميراث [1].

وكذلك فإن قتل الموصى له للموصي توجد فيه هذه العلة، فيقاس على قتل الوارث مورثه، ويمنع القاتل (**الموصىٰ له**) من استحقاق الموصى به له، فلو قضى قاضٍ بتنفيذ هذه الوصية فإن هذا الحكم ينقض؛ لمخالفته القياس.

ومن أمثلة ذلك :

ما لو قضى فاسق فإن قضاءه لا يقبل، وينقض لفسقه، ويقاس عليه ما لو قضى كافر بين مسلمين ينقض حكمه، فإذا كان لا يصح قضاء الفاسق فلئلا يصح قضاء الكافر من باب أولى؛ لأن الكافر أشد انحرافاً من الفاسق وأقبح سلوكاً، فيورث هذا شبهة في حكمه لانتفاء العدالة.

موقف القانون الفلسطيني :-

يظهر لي أن موقف القانون الفلسطيني من النقض شكليٌّ؛ حيث إن القضاة ملزمون بالعمل بما هو مقنن عندهم من قانون قائم على المذهب الحنفي.

فقد نص القانون على ما يلي :-

المادة – 156 – :(يقتضي أن يكون الحكم المعطى محتوياً على أسبابه الموجبة ، وتاريخ إعطائه، وأن يكون ممضياً من القاضي، كما يجب أن تكون الإعلامات مختومة بختم المحكمة الرسمي، وممضاة من قبل القاضي، ومحتوية رقم السجل واساس الدعوى) [2].

1- العظيم أبادي : عون المعبود شرح سنن أبو داود (12 / 306).

2- سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية (10/ 146)، مادة رقم (156) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

وكذلك لا بد للحكم أن يصدر بهذا الشكل على مذهب الإمام أبي حنيفة، وإلا نقض، **ونص المادة كما يلي:-**

المادة – 157 – تصدر الأحكام طبقاً لهذا القانون، ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ما عدا الأحوال التي نصَّ فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد [1].

فإذا صدر الحكم بهذا الشكل، وبهذا المضمون ؛ فإنه واجب ومعتبر ، وقد نصت **المادة التالية لها على ذلك :-**

نص المادة – 158 – : (الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية الابتدائية مرعية ومعتبرة ما لم تفسخ أو تنقض حسب الأصول) [2].

نخلص مما سبق بأن الحكم القضائي الذي ينقض – **كما ذكر الفقهاء** – هو الحكم الذي فقد اعتبار الشارع له؛ بحيث لا تترتب الآثار الشرعية عليه، وإن كان موجوداً في الواقع، فإن الخلل في ذلك يعد مخالفة للشرع، وهذا واجب النقض والرد؛ لما ثبت عن عائشة – ﵂– قالت : قال - ﷺ - : **" من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد "** [3].

وجه الدلالة :-

إن الحكم الذي يصدر مخالفاً للكتاب والسنة مردود وباطل غير معتد به، حيث خالف النصوص الصريحة مما عليه الرسول - ﷺ -.

1- سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية (147/10) مادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

2- المصدر السابق المادة (158).

3- البخاري: الصحيح (53)كتاب الصلح،(5)باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود(ح2697)، مسلم: الصحيح، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور(ح 1718).

ومن القواعد الدالة على عدم مخالفة النص : لا اجتهاد مع النص [1] .

ومعنى هذه المادة أنه لا يسوغ الاجتهاد بقضية شرعية ورد عليها النص صراحة ؛ لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص عليه مثلا، حيث ورد النص بقصاص القاتل عمداً إذا كان عاقلاً بالغاً، وذلك بناءً على طلب ولي القتيل؛ فلا مساغ للاجتهاد بعدم وجوب القصاص؛ فهو ليس جارياً على نهجها، لذلك فهو باطل مردود، ومن ذلك نخرج أن مخالفة النص لا تسمى اجتهاداً؛ إنما جهلاً أو جوراً، فكان لا بد من النقض والإبطال.

وفي نقض ذلك قطع لأهواء القضاة، ومدعاةٌ لهم لأن يترووا، ويبحثوا قبل إصدار الحكم؛ بحيث يوافق الشريعة الغراء، وإن ما نصت عليه القوانين الفلسطينية هو مجرد شكليات، حيث إن القضاة مقيدون بما عندهم من قوانين مسطورة، فلا يستطيع القاضي الخروج عما هو مسطور والنقض في المحاكم مجرد شكليات، وذلك إذا خالف شيئاً في أختامه وتواريخه وترقيمه، وهذا ما يجب تغييره والاهتمام بمضمون الحكم لا الشكليات.

المطلب الثاني

نقض اجتهاد القاضي باجتهاد قاضٍ آخر

رَأَيْنا في المطلب السابق أن الاجتهاد في مورد النص مردود وباطل، وأنه لا اجتهاد مع النص، وهذا لا يمنع أن يجتهد القاضي في حالة عدم وجود النص الصريح، وإن نجاح الاجتهاد، وسَيْرَهُ قُدُماً، يحتاج منا أن نتوقع الخطأ من المجتهد؛ إذْ لا عصمة لغير نبّيٍ، وأن نُفْسِحَ له صدورنا وألا نشدد النكير على من أخطأ في اجتهاده، أو نتهمه بالزيغ والمروق، وما إلى ذلك من النعوت والعقوق.

إن شيوع هذا الأسلوب يقتل روح الاجتهاد، ويخيف كل ذي فقه من إعلان رأيه؛ خشية أن تصب عليه سياط التشنيع، وتصوب إلى صدره سهام الاتهام، وبذلك تختنق الآراء الاجتهادية في صدور أصحابها ويسود جو الخوف والرهبة من مخالفة المألوف، فلو حكم

1- انظر : الباز : شرح المجلة المادة (14)، (ص : 25)، ابن القيم : إعلام الموقعين، فقد ذكر أمثلة على ذلك(3 / 36، 42، 134، 135، 163، 165) مما يخالف النص ويجب نقضه.

القاضي في مسألة باجتهاده لخلوها عن نَصٍ، أو لم يكن مجمعاً على حكمها، فهل ينقضى حكمه ؟ **وهذا ما أقف عليه في الفرعين التاليين:-**

الفرع الأول : نقض القاضي حكمه بنفسه.

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:-

المذهب الأول : ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة [1] إلى أنه إذا تغير اجتهاد القاضي من غير أن يخالف نصاً من كتاب الله، أو سنة نبيه محمد - ﷺ -، أو إجماعاً، او قياساً جلياً؛ فلا يَنْقُضُ حكمَه الاجتهاديَّ السابقَ بحكمه الاجتهادى اللاحق .

المذهب الثاني : وذهب المالكية [2]، إلى أن القاضي عليه نقض حكمه إن ظهر له الخطأ

وأثر عن مالك-رضي الله عنه- في القاضي يقض بالقضاء ثم يرى ما هو احسن منه، فيريد الرجوع عنه إلى ما رأى، وذلك له ما كان على ولايته التى فيها قضى بذلك القضاء الذي يريد الرجوع عنه[3].

الأدلة :-

استدل الجمهور بآثار الصحابة، والمعقول :-

أولاً : ما أثر عن الصحابة رضوان الله عليهم :-

تغير اجتهاد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في الميراث في أكثر من مسألة، ولم ينقض حكمه الأول.

مثاله:-

المسألة الحجرية، أو المشتركة، أو الحمارية، وصورتها أن إمرأة توفيت عن زوج، وأم، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فعند تقسيم التركة تكون الأنصبة كالتالي: الزوج النصف فرضاً

1- انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير (7 / 281) ، الكاساني : بدائع الصنائع (7 / 20) ، الشافعي: الأم (6 / 220) ، النووي : روضة الطالبين (8 / 136)، ابن قدامة : المغنى (14 / 35) .

2- انظر: ابن فرحون : تبصرة الأحكام (1 / 63) .

3- ابن فرحون: تبصرة الحكام(1/ 63).

لعدم الفرع الوارث، الأم تأخذ السدس فرضاً، لوجود عدد من الإخوة، ويأخذ الإخوة لأم الثلث الباقي؛ لأنهم هنا هم الكلالة، ولم يبق شيء من التركة، فيحرم الإخوة الأشقاء من الميراث، وكان هذا فعل عمر - ﷺ -، فقال زيد بن ثابت - ﷺ - هَبْ أن أباهم حجر في اليم ، هب أن أباهم حمار، ما زادهم به إلا قرباً، فتغير اجتهاد عمر- ﷺ -، وأصبح يُشَرِّكُ الإخوة الأشقاء والإخوة لأم في الثلث، بوصفهم جميعاً إخوةً لأم.

فقد جاء قوم في امرأة تركت زوجها، وأمها، وإخوتها لأمها، وإخوتها الأشقاء؛ فَشَرَّكَ بين الإخوة لأم، والإخوة الأشقاء، وجعل الثلث بينهم سواء، فقال رجل: إنك لم تُشَرِّكْ بينهم عام كذا وكذا، فقال: " **تلك على ما قضيناه، وهذه على ما قضينا** " [1].

وجه الدلالة :-

إن عمر بن الخطاب - ﷺ - لم يُشَرِّكْ بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم في القضاء الأول، وشَرَّك بينهم في القضاء الثاني، ولم ينقض حكمه السابق بقوله: " **فتلك على ما قضيناه، وهذه على ما قضينا** ".

قال الشعبي – رحمه الله – :حفظتُ عن عمر - ﷺ - في الحدِّ سبعين قضية، لا يشبه بعضها بعضاً[2]، وبهذا تبين أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، ولكنه فيما يستقبل يقضي بما أَدّى إليه اجتهاده الجديد.

ثانياً: المعقول :-

وذلك من وجهين :-

1- إن نقض الحاكم حكمه الأول، ونقض حكمه الثاني، يؤدي على أن لا يثبت الحكم أصلاً [3].

1- الدارمي : السنن كتاب المقدمة ، (55) باب الرجل يفتي بالشئ ثم يرى غيره (ح 650) ، البيهقي : السنن الكبرى كتاب آداب القاضي باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده أو اجتهاد غيره فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يرد ما قضى به (10 / 120) .

2- السرخسي : المبسوط (8 / 84) .

3-انظر: ابن قدامة : المغنى (14 / 36).

2- إن نقض الحكم الاجتهادي يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، ويشكك الناس في القضاء، فلا يلجأون إليه [1]، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة في مضاء العقود، وفض الخصومات، ومنع التنازع المفضي على فساد ذات البين التي تجلب فشلنا وذهاب ريحنا.

استدل المالكية لما ذهبوا اليه [2] من أن القاضي عليه نقض حكمه إن ظهر له الخطأ بالمعقول.

1-إن للقاضي الرجوع عما حكم به وقضىٰ، مما فيه اختلاف بين أهل العلم، ومما تبين له فيه الوهم ما دام على خطئِه.

2-إن ظهرت بيِّنة تدل على أن رأيه غير صواب كان عليه حينئذ نقض ذلك الحكم، وذلك ممكن له[3].

الترجيح :-

بعد إمعان النظر فى أقوال الفقهاء، **فإنني أميل إلى قول الجمهور وذلك لما يلي:-**

1- لئلا يشك الناس في القضاء.

2- ولئلايتحرج الناس من أحكام القضاة.

3- ولكي تستقر المعاملات.

الفرع الثاني : نقض اجتهاد القاضي باجتهاد قاضٍ آخر :-

لو رفع إلى القاضي الحاضر قضية قضى فيها قاض غيره؛ وكان حكم القاضي السابق مبنياً على الاجتهاد، فهل يَنْقُضُ حكمه إذا كان مغايراً لاجتهاده الشخصي؟ .

وتفصيل ذلك على النحو التالي:-

(أ) وفصل الحنفية [4]، القول في نقض اجتهاد القاضي من قاض آخر، بين أن يكون الحكم الأول مجمعاً على كونه اجتهادياً أم لا **وتفصيل ذلك في البندين التاليين:-**

1- انظر: الشربيني : مغني المحتاج (4 / 397) .

2- انظر: ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 63).

3- ابن فرحون: تبصرة الحكام (63/1).

4- انظر : ابن الهمام: شرح فتح القدير(7 / 282) وما بعدها، الكاساني: بدائع الصنائع (7 / 21).

البند الأول: -

إن كان الأمر المقضي به مجمعاً على كونه مجتهداً فيه؛ كتقدير النفقة مثلاً؛ فليس للقاضي الثاني أن يرده، **وعليه أن ينفذه للسببين التاليين: -**

1- كونه مجمعاً على صحته، فلو نقضه إنما ينقضه بقوله، وفي صحته اختلاف بين الناس، فلا يجوز نقض ما صحَّ بالاتفاق بقول مختلف في صحته.

2- إن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد، ولو سوغنا نقضه بغيره لأدى ذلك إلى عدم قطع الخصومة والمنازع، وهذا يؤدى إلى الفساد، وما أدى إلى الفساد فهو فاسد.

البند الثاني: إذا كان القضاء في محل اختلفوا أنه محل اجتهاد؛ كبيع أم الولد [1] فتفصيله كما يلي :

(أ)فإن عرضت القضية هذه، وكان القاضي الثاني يرى أن هذه القضية مجتهد فيها، ينفذ قضاء القاضي الأول ولا يرده.

وإن كان في رأيه أنها خرجت عن حدِّ الاجتهاد، وصارت متفقاً عليها، لا ينفذ قضاء الأول؛ لأنه وقع مخالفاً للإجماع، فكان باطلاً.

(ب) وذهب المالكية، كما ذكر ابن جزي [2] إلى أنه إن حكم القاضي وأصاب لم ينقض حكمه أصلاً، وإن حكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد أنه ينقض من قاضٍ غيره، وإن حكم بعد الاجتهاد، ثم تبين له الصواب، فلا ينقضه مَنْ وَلِيَ بعده، وكذلك إن قصد الحكم بمذهب معين، فذهل، وحكم بغيره من المذاهب فإنه يفسخه هو، ولا يفسخه غيره.

1- إن جواز بيع أم الولد ينفذ عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف، وذلك لأنه محل اجتهاد؛ لاختلاف الصحابة في جواز بيعها ، وعند محمد لا ينفذ ؛ لوقوع الاتفاق بعد ذلك الخلاف من الصحابة وغيرهم على أنه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد .انظر : الكاساني: بدائع الصنائع (7/ 14)، ابن الهمام: شرح فتح القدير(7 / 282 ، 283).

2- انظر : ابن جزي : القوانين الفقهية (ص : 292)، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 64).

(ج) ذهب الشافعية والحنابلة [1]، إلى أنه إذا حكم القاضي حكماً، وكان مبناه على الاجتهاد، ورفع إلى غيره، فظهر له أنه جانب الصواب، فليس له أن ينقضه.

الترجيح: -

إن الاجتهاد لا ينقض بمثله [2]، سواء أكان من المجتهد نفسه أم غيره؛ لأن نقض حكم القاضي يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، وهذا يقضي ألا يثبت الحكم أصلاً [3].

1- انظر: الشربيني: مغني المحتاج(295/6)، النووي: روضة الطالبين (137/8)، ابن قدامة: المغني(14/ 34)وما بعدها.

2- انظر : الباز : شرح المجلة المادة (16)، (ص : 26) ، الكاساني : بدائع الصنائع (7 / 8).

3- ابن قدامة : المغني (14 / 136).



المبحث الثالث

تقييد القاضي في الاجتهاد

إن الفقه الإسلامي لم يُصَبْ بمصابٍ كما أُصيب في هذا العصر؛ حيث نجحت جهود أعداء الإسلام في إقصاء الشريعة الإسلامية عن الحكم، وقد فتحت المحاكم النظامية، والمحاكم المدنية [1]، وبقيت المحاكم الشرعية في نطاق ضيق محدود في أكثر الديار الإسلامية؛ حيث قُنِّنتْ الأحكام الشرعية، وقُيِّدَ القضاة بمذاهبَ معينة، فما الحكم الشرعي في ذلك؟، **هذا ما يتضح في المطلبين التاليين:-**

المطلب الأول

تقييد القاضي بمذهب معين

إن الإسلام حين يفتح للقاضي ولغيره باباً رحباً، وميداناً فسيحاً في المجال العقلي والفكري، يجعل ذلك مقيداً بما رسمه الشارع الحكيم سبحانه وتعالى في كتابه، وسنة رسوله - ﷺ -، وما أجمع عليه المسلمون في عصر الصحابة، ومَنْ أتى بعدهم، ثم ليجتهدْ بعد ذلك القاضي العالم بما يراه، فرأيُه معتبر، واجتهاده محترم.

وانطلاقاً من مبدأ حرية القاضي في الاجتهاد، **فهل يحق للإمام إذا قَلَّدَ قاضياً أن يشترط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب بعينه ؟**

إن ذلك لا يخلو من أن يكون شرطاً في عقد التولية؛ كأن يشترط عليه ألاّ يحكم إلاّ بمذهب أبي حنيفة مثلاً، أو يكون أَمْراً؛ **كقوله:** احكم بمذهب الشافعي مثلاً، أو نهياً؛ **كقوله:** لا تحكم بمذهب أبي حنيفة، وعليه فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على مذهبين

1- هي محاكم تحكم بأحكام وضعية ، حيث تنظر المحاكم النظامية في فلسطين في المنازعات والجرائم كافة، وتتكون من أ- محاكم الصلح، ب- محاكم البداية، ج- محاكم الاستئناف، د- المحكمة العليا، انظر : قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) (سنة 2001 م)، (ص : 5–7) ، الوقائع الفلسطينية: جريدة رسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل العدد (38) (سنة 2001م)، (ص : 280 ، 281).

المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء [1]، إلى عدم جواز إلزام القاضي بمذهب معين.

المذهب الثاني : وذهب الحنفية والمالكية في قول نقل عن سحنون، ورجحه المازري، وهو قول عند الشافعية نقل عن السبكي إلى القول بجواز اشتراط الحاكم على القاضي الحكم بمذهب معين، وإلزامه به[2].

الأدلة :-

(أ) أدلة الجمهور: استدل الجمهور بعموم ما يوجب ردَّ ما تنازع فيه الناس إلى الله ورسوله، لا إلى آراء المذاهب من الكتاب، والسنة، والمأثور، **وهي كما يلي:-**

أولاً: الكتاب:-

1- قوله تعالى حكاية عما كَلَّفَ به عبده داوود - عليه السلام -: ﴿ ... فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ... ﴾ [3].

وجه الدلالة :-

إن الله سبحانه وتعالى يأمر بالحكم بالحقِّ، والحقُّ لا يتعين في مذهبٍ، فالحقُّ ما دلَّ عليه الدليل، وذلك لا يتعين في مذهبٍ بعينه، فإن قُلِّدَّ على هذا الشرط بطلتِ التولية؛ لأنه علقها على شرط، وقد بطل الشرط ، فبطلت التولية [4].

2- قوله تعالى : ﴿ ... فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ... ﴾ [5].

1- انظر : الدسوقي : الحاشية (4 / 130) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (52/1) ، النووي : روضة الطالبين(8 / 103)، المطيعي: المجموع (22 / 325)، ابن قدامة : المغنى (14 / 91)، ابن حزم : المحلى (9 / 283)، الشوكاني : السيل الجرار (4 / 277) .

2- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8/ 98) قدوري : المختصر (ص : 226) ، الكشناوي : أسهل المدارك (2 / 281) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 52) ، ابن أبي الدم : أدب القضاء (ص : 54) .

3- سورة ص : الآية (26) .

4- انظر: الشيرازي : المهذب (5 / 474) .

5- سورة النساء : الآية (59).

وجه الدلالة :-

إن الله - ﷻ - أمر عند التنازع بالردِّ إلى الله والرسول، وليس إلى المذهب المعين.

ثانياً : السنة :-

1- عن ابن عباس - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - خطب الناس في حجة الوداع، فقال: **" يا أيها الناس: إني قد تركت فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلوا أبداً؛ كتاب الله، وسنة نبيه "** [1] .

وجه الدلالة :-

إن المسلمين مطالبون بالأخذ بكتاب الله وسنة رسوله، لا بآراء الفقهاء، لذلك لا يجوز الحكم إلا بكتاب الله تبارك وتعالى، وسنة نبيه - ﷺ -، وإلا فإنهم سَيَضِلُّون.

2- قوله - ﷺ -:**"من حالت شفاعته دون حّدٍ من حدود الله فقد ضادَّ الله في أمره"** [2].

وجه الدلالة :-

إن حدود الله هي مِنْ حُكْمِ الله، والذي يقع فيها يبتغي تعطيل حكم الله، فالحكم يكون لله إذا جاء موافقاً للكتاب والسنة، لا لآراء الفقهاء المجردة .

ثالثاً : المأثور :-

1- ما أثر عن أبي بكر الصديق - ﷺ - أنه كان إذا ورد عليه خصمٌ نظر في كتاب الله ؛ فإن وجد فيه قضىٰ به بينهم، فإن لم يجد في الكتاب نظر هل كانت من النبي - ﷺ - فيه سنة، فإن علمها قضى بها، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين عن قضاء النبي - ﷺ - [3]

1- سبق تخريجه (ص:118).

2- أبو داود: السنن، (18) كتاب الأقضية،(14) باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها(4/ 23)، أحمد : المسند (2 / 70 ، 82) ، صحيح : صحيح سنن أبي داود (ح 3597).

3- البيهقي: السنن الكبري (كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي، ويفتي به المفتي(10 / 114).

وجه الدلالة :-

إن أبا بكر كان مرجعه الكتاب والسنة؛ فإنه ينظر ماذا قضى الله ورسوله - ﷺ - لا آراء الفقهاء.

2- عن عبد الله بن مسعود - ؓ - أنه قال : **" إذا حضرك أمر لا تجد منه بداً فاقضِ بما في كتاب الله، فإن عييت فاقضِ بسنة نبي الله، فإن عييت فاقضِ بما قضى به الصالحون، فإن عييت فأَوْمِئْ إيماءً، ولا تألُ، فإن عييتَ فَافْرُرْ منه ولا تستحي "** [1].

وجه الدلالة :-

إن عبد الله بن مسعود - ؓ - يوصي أصحابه أنه إذا حضرهم الأمر أن يقضوا بكتاب الله؛ فإن لم يجدوا فبسنة رسول الله - ﷺ -، وإن عجزوا فيكون القضاء بما قضى به الصالحون، وإلا فليجتهدْ، أو فليفررْ، و لم يقلْ بمذهبٍ معين.

(ب) أدلة الحنفية ومن وافقهم على جواز إلزام القاضي بمذهب معين:-

استدل الحنفية ومن وافقهم بالأدلة التي توجب حق السمع والطاعة للإمام على القضاة والرعية، وذلك من الكتاب، والسنة، والمأثور، والمعقول، وهي كما يلي:-

أولاً : الكتاب :-

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

إن الله - ﷻ - أمر بطاعة أولي الأمر منَّا، وسماع كلمتهم، مما يقتضي التزام تكليفهم إذا ما أَمَرُوا بالسير على مذهب معين لمصلحة عندهم .

ثانياً : السنة :-

عن ابن عمر - ؓ - عن النبي - ﷺ - قال :

1- عبد الرزاق : المصنف ،كتاب البيوع ،باب هل يرد قضاء القاضي ؟ أو يرجع عن قضائه ؟(ح15295).

2- سورة النساء : الآية (59).

" السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة " [1].

وجه الدلالة :-

يدل الحديث على وجوب السمع والطاعة للإمام ما لم يأمر بمعصية، والإطلاق محمول عليه [2]، والالتزام بمذهب معين ليس فيه معصية، ولو كان الأمر كذلك ما تعبد الله سبحانه الأئمةَ بذلك.

ثالثا : المأثور :-

روى ابن حزم عن شعبةَ بنِ التوأم قال: توفي أخٌ لنا في عهد عمر، وترك إخوته وجده، فأتينا ابن مسعود، فأعطى الجد السدس، والباقي للإخوة، ثم توفي أخٌ لنا آخر في عهد عثمان بن عفان،وترك إخوته وجده، فأتينا ابن مسعود، فأعطى الجد الثلث، وأبقي الثلثين للإخوة، **فقلنا له:** إنك أعطيت جدنا في أخينا الأول السدس، وأعطيته الآن الثلث، **فقال:** إنما نقضي بقضاء أئمتنا [3] .

وجه الدلالة :-

إن تغيير قضاء ابن مسعود - رضي الله عنه - كان بسبب تغير الأئمة؛ حيث إن هذه مسألة اجتهادية، حيث كان لعمر - رضي الله عنه - قضاء في الجد بأنه يأخذ السدس، بينما كان اجتهاد عثمان أن يأخذ الثلث، فتجب طاعة الإمام وولي الأمر فيما يقضي به.

رابعاً : المعقول :-

وذلك من وجهين :-

1- البخاري : الصحيح ، (56) كتاب الجهاد والسير ، (108) باب السمع والطاعة للإمام (ح 2955)، مسلم: الصحيح ، (33) كتاب الإمارة ، (8) باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية (ح 38- 1839).

2- انظر: ابن حجر : فتح البارى (6 / 124).

3- ابن منصور : السنن ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الجد (ح 60) ، ابن حزم : المحلى (9 / 283).

1- إن القضاة هم بمثابة وكلاءَ عن الإمام ونوابٍ له ، فالوكيل يتصرف في حدود الوكالة لا يتجاوزها؛ فإذا قيده الإمام بمذهب معين كان عليه التزامه بشروطه الشرعية [1] .

2- إن عدم إظهار المذهب وتحديده مسبقاً يتنافى مع مبدأ علنية الشرائع الذي يوجب أن يكون المكلف في كل مجتمع على علم مسبق بمصير أعماله وتصرفاته، مما يدل على أنه لا بد أن يكون القاضي على مذهب معين معروف لدى الناس؛ ليعرف ما له وما عليه، وهذا ما قرره الشرع الحنيف؛ حيث قال تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

إن الله - ﷻ - قبل أن يحاسب الناس على أعمالهم بعث الرسل؛ ليبينوا لهم طريق الخير فيسلكوها ، وطريق الشر فيجتنبوها؛ لأن الإنسان إذا عوقب على عمل لم يُخْبَرِ ابتداء أنه ممنوع يتذرع بعدم العلم ؛ فكان لا بد من معرفة المذهب الذي سيقضي به القاضي، لئلا يكون للخصوم على القضاة حجة بعد المذهب المحدد، حيث يستطيع كل أحدٍ أن يعرف مصير تصرفاته قبل أن يقدم عليها.

المناقشة :-

أولاً : مناقشة أدلة القائلين بجواز تقييد القاضي بمذهب معين :-

1- إن استدلالهم بالآيات والأحاديث الدالة على السمع والطاعة لولي الأمر، مقيد في الطاعة بالمعروف؛ إذْ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، إنما الطاعة لولي الأمر في طاعة الله، وإن التقيد بمذهب معين فيه تقييد وحصر للدين، وإن النبي - ﷺ - قال : " **تركت فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلوا أبداً، كتاب الله، وسنة نبيه – ﷺ -** " [3]، ولم يقل مذهباً معيناً، ولربما كان الحق في غير هذا المذهب.

2- وبالنسبة للمعقول فإن القضاة وكلاء، وهذا لا يعني أن يتقيد القضاة بمذهب

1- انظر: أبو البصل : نظرية الحكم القضائي (ص : 295) .
2- سورة الإسراء : الآية (15).
3- سبق تخريجه(ص:118)من الرسالة.

معين، ولكن يقيد بولاية مكان معين، أو يخص بزمان معين، أو قضايا معينة، وهذا جائز أما التقيد بمذهب معين فلا يجوز؛ لأنه تضييق على القضاة، ولربما كان الحق في غير المذهب بدليله الشرعي الصحيح الصريح.

3- وأما علنية الشرائع؛ فإن شريعة الإسلام واضحة كرابعة النهار للجميع؛ فقد قال تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً ﴾ [1]، فهذا فيه كفاية في معرفه الناس لهذا الدين وتمامه.

ثانياً : مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز تقييد القاضي بمذهب معين :-

يظهر لي أن هذه الأدلة قد عريت عن المعارضة، لأنها أدلة صريحة، وذات دلالة واضحة، على أن الحق لا يتعين بمذهب معين؛ بل قد يكون في غير هذا المذهب، والله سبحانه وتعالى لم يتعبدنا بقول أحد من الناس؛ بل بالدليل الصحيح، قال تعالى: ﴿ قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴾ [2].

وجه الدلالة :-

إن الله تعالى في الآية الكريمة يأمر الكفار من أهل الكتاب بأن يأتوا بدليل على صدقهم في دعواهم في دخول الجنة [3]، فلا بد من برهان على صدق قولهم.

الترجيح :-

بعد مناقشة أدلة الفريقين يتضح لي رجحان قول الجمهور القائل بعدم جواز تقييد القاضي **بمذهب معين لما يلي :-**

1- إن الله تعالى لم يتعبدنا بمذهب معين؛ بل تعبدنا بدينه القويم المستمد من الكتاب والسنة .

1- سورة المائدة : الآية (3) .

2- سورة البقرة : الآية (111).

3- انظر: القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (1 / 492).

2- إذا قيدنا القاضي بمذهب معين ربما كان يرى الحق في غير هذا المذهب، والقاضي المجتهد يدور مع الدليل حيث دار [1] والحق ما دل عليه الدليل.

3- إن تقييد القاضي بمذهب معين فيه حجر على الاجتهاد وتضييق عليه.

موقف القانون :-

أجاز القانون العمل بتقييد القاضي بمذهب بعينه، وقد صدرت مجلة الأحكام العدلية على وفق مذهب أبي حنيفة – رحمه الله –، **وجاء في المادة (157) منها ما يلي: " تصدر الأحكام طبقاً لهذا القانون، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، ما عدا الأحوال التي نصَّ فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد"**[2].

وأرى لزوم تغيير المادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية؛ بحيث يستفاد من جميع المذاهب، لا من مذهب معين، بما يتوافق مع روح الشريعة الإسلامية، ومواكبتها لكل ما هو جديد من تغيير للزمان والمكان، ولئلا يقع القضاة في الحرج والضيق؛ نظراً لتطور الحياة، وتشعب مسالكها.

وانطلاقاً من مبدأ حرية القاضي في الاجتهاد فإنه لا يُلزم القاضي في قضائه بمذهب معين؛ بل يقضي بما يتوصل إليه اجتهاده مستفيداً حكمه من جميع المذاهب، والله اعلم .

1- انظر: المطيعي: المجموع (22 / 326) .

2- سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 147)، المادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

المطلب الثاني

أثر تقنين الأحكام الشرعية على القاضي

بعد التعرف على حكم تقييد القاضي بمذهب معين؛ كان لا بد من الحديث عن مسألة تقنين الأحكام الشرعية؛ حيث إنها مسألة متفرعة عن مسألة إلزام القاضي بمذهب معين؛ وهذه المسألة جديدة في نوعها، فقد ظهر التقنين للأحكام في العهد العثماني، حيث كان هذا العصر مرحلة انتقالية خطيرة نتيجة للضعف، والجمود، والتدخل الأجنبي، ومنح الامتيازات الأجنبية، وما ترتب عليها من إدخال القوانين والأنظمة الأوربية، وإنشاء المحاكم النظامية، وتقليص اختصاص القاضي الشرعي، وحصر نفوذ الشريعة في دائرة ضيقة، وعليه فقد أخذت الدولة العثمانية تقلد أوروبا في قوانينها وتشريعاتها، وتصدرها على أنها قوانين عثمانية، وإصلاحات نظامية، دون أن تَجْرُؤُ على الإفصاح بمخالفتها للإسلام، والإعراض عن الأحكام الشرعية، مع اضطرارها لإعلان الحرص على الفقه الإسلامي، والتمسك الشديد بالشريعة الغراء، فقد حرصت الدولة العثمانية على تقنين الأحكام الشرعية التي لا تزال مطبقة في الأراضي العثمانية، لإصدارها كقوانين وأنظمة، لمجاراتها بقية الأنظمة والقوانين المقتبسة عن الغرب [1].

وبعد هذه النبذة القصيرة عن نشوء فكرة التقنين كان لا بد من التعرف على ماهية التقنين، وعيوبه، ومزاياه، وحكم تقنين الأحكام الشرعية، وإلزام القضاة بها، خاصة وأن هذه المسألة محطٌّ جدل وخلاف بين الفقهاء المعاصرين، **وهذا ما يتضح في الفروع الثلاثة التالية:** -

الفرع الأول : ماهية التقنين : -

(أ) التقنين لغة : إن مصطلح (تقنين) عربي بالتبني ؛ حيث وُضِعَتْ هذه الكلمة حديثاً اشتقاقاً من كلمة (قانون).

1- انظر: محمد الزحيلي: تاريخ القضاء(ص: 450)وما بعدها، عمر الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي(ص:192)، بكر أبا زيد: فقه النوازل (1 / 21).

والقانون مقياس كل شئ وطريقه،وهي كلمة ليست عربية، قيل هي فارسية، وقيل رومية[1].

(ب) **التقنين اصطلاحاً** :يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية ، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى " **مواد** " ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس [2].

والمقصود هنا تقنين الأحكام الشرعية؛ **بحيث يكون التعريف كما يلي :-**

" صياغة الأحكام الفقهية في موادَّ مرقمة على هيئة القوانين، بعد اختيار أصحها، وأقواها دليلاً على ألا يبدل فيها شرع الله، ولا يشرع فيها من الدين ما لم يأذن به الله "[3] .

ولا يهمنا كثيراً التسمية بالقانون أو التقنين، وإنما يهمنا المبدأ الذي يقوم عليه هذا الأمر، وهو إلزام القضاة بقواعدَ محددةٍ لا يخرج عنها، فما هي عيوب ومزايا التقنين، وما هي آراء الفقهاء في مسألة التقنين؟ وهذا ما يتضح في الفرعين الثاني والثالث.

الفرع الثاني: التقنين عيوبه ومزاياه :-

أن لتقنين الاحكام الشرعية **عيوباً ومزايا وهذا ما يتضح في البندين التاليين:**

البند الأول: عيوب التقنين :-

يرى بعض العلماء أن للتقنين عيوباً ومساوئ، أهمها ما يأتي [4] :-

1- **الجمود على النصوص المقننة** : فمن المعروف أن الحياة تتطور، وتتطور معها الأنظمة، فإذا قُنِّنت أحكام التعامل أصيب القانون بالجمود، و لم يعد يتفاعل مع مسيرة

1- انظر : ابن منظور : لسان العرب مادة(قنن)، (11 / 327)، الرازي : مختار الصحاح (ص : 300)، مادة (قنن)، قلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص: 355).

2- انظر :الزرقا: المدخل الفقهى(1 / 313) ، أبا البصل : نظرية الحكم القضائى (ص : 281).

3- انظر : وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامى (ص : 26) ، الزرقا : المدخل الفقهى (1 / 313)، عمر الأشقر : تاريخ الفقه الإسلامى (ص : 188) .

4- انظر: وهبه الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي(ص : 26)، بكر أبا زيد: فقه النوازل(ص: 86، 89)، عمر الأشقر : تاريخ الفقه الإسلامي (ص : 201).

التطور والتغير، وهذا أمر ملموس في واقع تطور الحياة الإنسانية، وبخاصة في القرن العشرين.

2- **إيقاف حركة الاجتهاد**:إن القاضي أو الفقيه يكون عادة أمام النص القانوني الموحَّد مقيداً، فلا مساغَ للاجتهاد في مورد النص، وحينئذٍ يقف النشاط الفكري والإبداع التشريعي، لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة، والأعراف والمعاملات المتجددة.

3- **الإلزام برأيٍ واحد**: تكون القوانين عادة ملزمةً المواطنين والقضاة بتطبيق رأيٍ واحد، ونظام واحد، لا مجال للحياد عنه، وذلك في دائرة الأحكام التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فإذا لم يحدث مثل هذا الاتفاق، فيطبق النص القانوني الذي ارتآه منظم القانون، أما أن يسمى بقواعد النظام العام أو القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فلا كلام لنا هنا فيها؛ إذْ هي لازمة لا محيد عنها مطلقاً.

4- **إن مسائل الخلاف الفرعية لا يجوز إجماعاً أن يُثرِّبَ فيها أحدٌ على أحدٍ** إذا أخذ بأحد القولين أو الأقوال مجتهداً متحرياً الحق، ومعنى هذا الإلزام أن من حكم بقولٍ سوى الملَزم به فهو مخطئ غير مأجور، ولا يحسب حكمه نافذاً.

5- **إنه ليس هناك شخص ولا أشخاص يجب اتباعهم بعينهم** في كل ما قالوا سوى نبينا ورسولنا خاتمة المعصومين محمد - ﷺ - ، وفي هذا الإلزام جَعْلُ شخصٍ آخَر مماثلاً له - ﷺ -، والتفريق بين اتباع المعصوم وغير المعصوم واجب .

لقد ظن الباحثون ورجال الحكم في الدول الإسلامية منذ خمسين ومائة عامٍ أن تقنين الأحكام – كما فعلت أوروبا – سيخلص هذه البلاد من التخلف والاستعباد، وسيجعلنا نلحق بركب التقدم، وها نحن نكتشف بعد هذا الزمن الطويل أن التقنين أمر شكلي، فلو كانت أحكام الشريعة الإسلامية نافذة قائمة لصلح حال المسلمين، ولأصبحوا في طليعة الأمم .

البند الثاني: مزايا التقنين [1] **:-**

ويرى فريق آخر أن تقنين الأحكام الشرعية هو مطلب إسلامي مُلِحٌّ إذا كان استقاؤها من أحكام الفقه الإسلامى، مما يدل على صلاحية الشريعة الإسلامية، فللتقنين مزايا وفوائد كثيرة، **أهمها ستٌّ :-**

1- **سهولة الرجوع إلى أحكام التقنين :** فمن المعروف أن كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر ، وهي تغصُّ بالخلافات والآراء والنظريات، ليس في المذاهب الفقهية المتعددة؛ بل في نطاق المذهب الواحد ذاته، وهذا يجعل غير المتخصص، وهم أكثر الناس ، في حرجٍ وعُسْرٍ وضيق، حينما يريدون الأخذ بحكم فقهي معين، راجحٍ في النظرة الإسلامية الكلية، أو في دائرة المذهب الاجتهادي ذاته، فإذا ما قننت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، صار ميسوراً على القاضي معرفة أحكام الشريعة.

2- **ضبط الأحكام الشرعية، وبيان الرأي الراجح:** إن الخلافات الفقهية بين المذاهب؛ بل في المذهب الواحد نفسه، كثيرة متنوعة، مما يصعب معه على القاضي الوصول إلى مبتغاه، ونحن في عصر السرعة، وَتَعقُّدِ المعاملات، وكثرة القضايا، فالتقنين ييسر للقاضي الرجوع إلى الحكم الشرعي في الحال .

3-**وحدة أحكام القضاة :** إذا ترك المجال للقضاة في الاجتهاد، والأخذ بما يرونه مناسباً؛ فسوف تصبح أحكام القضاة في دولة واحدة متعارضة، وهذا يحدث بلبلة واضطراباً، ويضعف الثقة بالمحاكم .

4- **إن في التقنين إعلاناً للشريعة :** حيث يجب أن يكون المكلف في كل مجتمع على علم مسبق بمصير أعماله وتصرفاته في حكم النظام الذي سيقضي به القاضي له أو عليه، وإلا كان قضاء فوضى، والمكلف لا يعرف كيف يتصرف.

1- انظر : وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي (ص : 27 - 28) ، أبا البصل : نظرية الحكم القضائي (ص : 295) ، الزرقا: المدخل الفقهي العام(1 / 314)وما بعدها، بكر أبا زيد : فقه النوازل(ص: 29، 31)، عمر الأشقر : تاريخ الفقة الإسلامي (ص : 201) .

5- **إشراف الدولة على حسن تطبيق أحكام الشرع الحنيف**، وتأكدها من سلامة هذا التطبيق ويتحقق هذا بما تحدده من أحكام معينة، والإلزام بعدم الحكم بغيرها.

6- **حفظ سمعة القضاء وهيبته**، وحماية القضاة من القيل والقال، ومن تأثيرات الأمراء والعمال، حيث تنتفي السلطة التقديرية، ويكون ملزماً بتطبيق النصوص.

الفرع الثالث : مشروعية التقنين :-

اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة **تقنين الأحكام الشرعية إلى مذهبين :-**

المذهب الأول : ذهب جمع غفير من المعاصرين إلى القول بجواز تقنين الأحكام الشرعية، وإلزام القاضي بها، **ومنهم** " محمد عبده، محمد رشيد رضا، أبو الأعلى المودودي، على الخفيف، الزرقا، وهبة الزحيلي، عبد الكريم زيدان، وشحادة السويركي... وغيرهم [1].

المذهب الثاني : وذهب بعض العلماء المعاصرين؛ إلى القول بعدم جواز تقنين الأحكام الشرعية، وإلزام القضاة بها؛ حيث إن الملك عبد العزيز آل سعود عرض أمر تلك الفكرة شورى على علماء المملكة، فاجتمع رأيهم على رَدِّها، ومن المعلوم أن غالبية علماء السعودية تفقهوا بمذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومذهب الحنابلة، كما مَرَّ بنا في مسألة تقييد القاضي بمذهب معين؛ أنه لا يجيز إلزام القاضي بمذهب معين قولاً واحداً [2].

وممن قال بعدم جواز تقنين الأحكام الشرعية من المعاصرين : " محمد أمين الشنقيطى، عبد الله البسام، بكر عبد الله أبو زيد، عمر سليمان الأشقر ... وغيرهم " [3].

1- انظر : أبا البصل : نظرية الحكم القضائي (ص : 283 ، 291) ، الزرقا : المدخل الفقهي (1 /314) ، زيدان : نظام القضاء (ص : 212) ، وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي (ص : 28) ، الفقه الإسلامي وأدلته (6 / 747) ، السويركي : حركة التقنين الوضعي والتنظيم القضائي في الدولة العثمانية رسالة ماجستير مخطوطة (ص : 12).

2- انظر : حكم تقييد القاضي بمذهب معين (ص : 134) من الرسالة.

3- انظر : أبا البصل: نظرية الحكم القضائي (ص : 291، 293)، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي(ص : 27)، بكر أبازيد: فقه النوازل(1 / 24 ، 25)، عمر الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي (ص : 202).

الأدلة :-

(أ)أدلة المذهب الأول القائلين بجواز تقنين الأحكام الشرعية :-

وقد استدلوا بالكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول.

أولاً : الكتاب :-

قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ [1] .

وجه الدلالة :-

إن الآية الكريمة دليل على وجوب طاعة وليّ الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية، مما لا يتعارض مع أحكام الشريعة، والإلزام بالتقنين ليس فيه معصية لا ظاهراً ولا ضمناً، ولا يتعارض مع الشريعة بوجهٍ، وهو مصلحة رآها الوالي، فيجب الالتزام بما ألزم به [2].

ثانياً : السنة :-

عن ابن عمر - ﷺ - عن النبى - ﷺ - قال : **" السمع والطاعة على المرء فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية؛ فإن أُمِرَ بمعصية فلا سمع ولا طاعة "** [3] .

وجه الدلالة :-

يدل الحديث على أنه يجب السمع والطاعة لأولي الأمر، فعلى القاضي أن يلتزم بمقتضى التقنين الذي أصدره وليُّ الأمر؛ فإن وجد فيه ما يخالف الشرع فلا يطبقه [4].

ثالثاً : المأثور :-

ما ثبت من فعل عثمان - ﷺ - من جمع الناس على مصحفٍ واحد، وحَرَّقَ ما

1- سورة النساء: الآية (59).
2- انظر: بكر أبا زيد: فقه النوازل (1 / 29).
3- سبق تخريجه(ص: 136) من الرسالة.
4- أبا البصل: نظرية الحكم القضائى(ص: 294).

عداه من المصاحف [1].

وجه الدلالة :-

إن فعل عثمان - ﷺ -هذا جاء سداً لباب الخلاف، وكذلك التقنين؛ فإنه سَدٌّ لباب الخلاف [2].

رابعاً : المعقول [3] ، وذلك من وجوه خمسة:-

1- إنه يترتب على الإلزام بالأحكام المقننة مصالح، ويندفع بها مفاسد، والشريعة مبنية على جلب المصالح وتكثيرها، ودفع المفاسد وتقليلها، **وذلك كما يلي:-**

أ- بالتقنين الملزم به تكون الأحكام الواجبة التطبيق محددة مبينة معروفة للقاضي والمتقاضي، وذلك أدعى إلى تحقيق العدالة، والتيسير على الناس.

ب- عدم التقنين سبب لهروب بعض المدعين من المحاكم الشرعية إلى المحاكم المدنية الوضعية ، فيتعين التدوين الملزم لدفع هذه المفسدة .

ج- إن استنباط الأحكام الفقهية يحتاج إلى مهارة علمية، وملكة قوية، ودراية تامة بالكتب؛ أي بلوغ مرتبة الاجتهاد، وهذه المرتبة، وإن توفرت في البعض؛ إلا أنه يقصر عن بلوغها الأكثر.

1- يدل على ذلك ما ثبت عن حذيفة بن اليمان أنه قدم على عثمان ، وكان يغازي أهل الشام في فتح أرمينية وأذربيجان مع أهل العراق ، فأفزع حذيفة اختلافهم في القراءة ، فقال حذيفة لعثمان : يا أمير المؤمنين ، أدرك هذه الأمة قبل أن يختلفوا في الكتاب اختلاف اليهود والنصارى ، فأرسل عثمان إلى حفصة ان أرسلي إلينا ، فأرسلت بها حفصة إلى عثمان ، فأمر زيد بن ثابت ، وعبد الله بن الزبير ، وسعيد بن العاص ، وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام فنسخوها في المصاحف، وقال عثمان للرهط القرشيين الثلاثة : إذا اختلفتم أنتم وزيد بن ثابت في شيء من القرآن فاكتبوه بلسان قريش؛ فإنما نزل بلسانهم ، ففعلوا حتى إذا نسخوا الصحف في المصاحف، ورد عثمان الصحف إلى حفصة، فأرسل إلى كل أفق بمصحف مما نسخوا ، وأمر بما سواه من القرآن في كل صحيفة أو مصحف أن يحرق، انظر : البخاري : الصحيح (66) كتاب فضائل القرآن ، (3) باب جمع القرآن (ح 4987) .

2- انظر: بكر أبا زيد : فقه النوازل (1 / 29) .

3- انظر : أبا البصل : نظرية الحكم القضائي(ص : 295)، الزرقا: المدخل الفقهي العام(1 / 314) ، بكر أبا زيد :فقه النوازل(1 / 29)وما بعدها،وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي(ص :27)وما بعدها.

د- ومن المعلوم أن أكثر المسائل الفقهية فيها خلاف لا بين المذاهب الدائرة فحسب، بل خلاف حتى في داخل المذهب نفسه، فيكون هناك مجال للحكم في قضية على أحد القولين أو الأقوال، ومعنى هذا أن الحكم قد يكون بالتشهي ، وفي الإلزام بأحكام مقننة دفع لذلك، وسدٌّ لباب القول، وإشغال الجهات بالملاحاة والمراجعات، إلى غير ذلك من دفع المفاسد، وجلب المصالح، ولذلك يجب تقنين الأحكام ،وإلزام القضاة بها ، بحيث لا يجوز تخطيها، ولا الحكم على خلاف موادِّها .

2- إن القضاة وكلاء عن الإمام ونُوَّاب له، فالوكيل يتقيد في حدود الوكالة المعطاة له لا يتجاوزها، فإذا قيده الإمام بقانون معين، أو مذهب بعينه، كان عليهم التزامه بشروطه الشرعية.

3- إن الأصل فى الشريعة أن تكون معلومة، أو في حكم المعلومة؛ لتكون ملزمة؛ لكي يعرف كل فرد كيف يطيع النظام، ويعرف ما هي تبعاته إذا عصاه.

4- إن التقنين يكون باختيار جماعة من علماء العصر ، والإجماع ينعقد بقول الأكثر من أهل العصر في قول الجمهور، والمخالفة شذوذ، فهي مطروحة، إذاً فينبغى الإلزام به.

5- لا يوجد دليل يقضي بمنع التقنين أو رَدِّهِ، فهو من المصالح المرسلة، وقد رآه المسلمون حسناً، فهو إذاً عند الله حسن.

(ب) أدلة المذهب الثاني القائل بعدم جواز تقنين الأحكام الشرعية :-

وقد استدلوا بالكتاب، والسنة، والمعقول [1]، كما يلي:-

أولاً : الكتاب: وذلك من وجهين:-

1- قال تعالى لنبيه محمد - ﷺ - : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [2] .

1- انظر : أدلة المانعين مفصلة عند بكر أبي زيد : فقه النوازل (1 / 57) ، وما بعدها ، وأبي البصل : نظرية الحكم القضائي (ص : 296) .

2- سورة المائدة : الآية (42).

وجه الدلالة :-

إن الله سبحانه وتعالى أمر أن يحكم القاضي بالقسط، فإذا كان القول الملزَم به قد ظهر له بالأدلة الشرعية، وأن الصحيح خلافه، صار القسط والعدل أن يحكم وفق معتقده، لا بما أُلْزِمَ به، ولكلٍّ مجتهدٍ أجر اجتهاده [1] .

2-قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[2] .

وجه الدلالة :-

تدل الآية الكريمة على أن المتنازع فيه بين المسلمين يَرد إلى الله ورسوله[3]، وليس إلى مذهب معين، أو قول مقنن .

ثانياً : السنة ، وذلك من وجهين :-

1- روى ابن بريدة، عن أبيه، عن النبى- ﷺ - قال: " **القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة... وفيه: رجل عرف الحق فلم يقضِ به، وجار في الحكم، فهو في النار** "[4].

1- انظر: بكر أبا زيد : فقه النوازل (1 / 57).

2- سورة النساء : الآية (59) .

3- انظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم(516/1) وما بعدها.

4- سبق تخريجه (ص : 15) من الرسالة.

وجه الدلالة :-

يدل الحديث على الوعيد بالنار للقاضي إذا حكم على خلاف ما يعتقده حقاً؛ لأنه عمل محرم، ولا خلاف في تحريمه، وعلى هذا فالظاهر أن الحاكم إذا استبان له رجحان مقابل قولٍ مُلْزَمٍ به؛ فحكم به على خلاف معتقده دخل في الوعيد[1].

2- حديث معاذ - رضي الله عنه - حين بعثه إلى اليمن، وقد سأله النبى - ﷺ - : **بم تقضي** إذا عرض لك قضاء، قال: أقضي بكتاب الله، قال: **فإن لم تجده في كتاب الله؟** قال: أقضي بسنة رسول الله، قال: **فإن لم تجده في سنة رسول الله** - ﷺ - ؟ قال أجتهدُ رأيي ولا آلو، قال: فضرب بيده في صدره، وقال: **الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول** الله - ﷺ - "[2].

وجه الدلالة :-

قال الخطابي [3]: الحديث فيه دليل على أنه ليس للحاكم أن يقلد غيره فيما يريد أن يحكم به، وإن كان المقلَّدُ أعلمَ منه وأفقه؛ حتى يجتهد فيما يسعه منه.

فإن وافق رأيه واجتهاده أمضاه، وإلا توقف عنه؛ لأن التقليد خارج عن هذه الأقسام المذكورة في الحديث، وعليه فلا يلزم القاضي بتقنينٍ معيَّن.

ثالثاً : المعقول [4]، **وذلك من ستة وجوه :-**

1- إن من شروط تولية القضاء الاجتهاد في القاضي، وفي التقنين الملزِم حَجْرٌ عليه؛ إذْ يمنع مثلا تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان فيما بني على المصالح والأعراف، كما هو مقرر عند الأصوليين [5] .

1- انظر: بكر أبا زيد: فقه النوازل(68/1).

2- سبق تخريجه(ص:93)من الرسالة.

3- الخطابي : معالم السنن (4/ 165) .

4- انظر: وهبة الزحيلي:جهود تقنين الفقه الإسلامي(ص:26)، أبا البصل: نظرية الحكم القضائي(ص: 296)، بكر أبا زيد : فقه النوازل (1 / 69) وما بعدها .

5- القنوجي : ذخر المحتي (ص : 65) .

2- إنه يؤدي إلى أن يحكم القاضي بخلاف ما يعتقده، وهذا لا يجوز.

3- إن في إلزام القاضي الذي توجد عنده روح البحث، والتحري للحق، والاجتهاد في تطبيق حكم شرعي يراه راجحاً، إزراءً بعلمه، وقسراً لفهمه، فهو إذاً إضعافٌ لأهليته واجتهاده.

4- إن في تقنين الأحكام، وإلزام القضاة بها، هجراً للمكتبة الإسلامية، وتضييعاً لجهود علمائها ورجالها، وسداً لطرق الدلائل والاستنباط، وإن عدم الإلزام يقضي على تلك المفاسد في مخدعها.

5- ومن المعروف أن الحياة تتطور، وتتطور معها الأنظمة، فإذا قننت أحكام التعامل أصيب القانون بالجمود، ولم يتفاعل مع مسيرة التطور والتغيير، وهذا أمر ملموس فى واقع الحياة؛ بحيث يكون المواطن والقاضي ملزماً بتطبيق رأي واحد، وربما وقع الناس من ذلك في ضيق وحرج.

6- إن التقنين لم يفعله السلف الصالح في القرون الأولى.

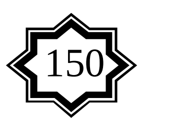
المناقشة :-

أولاً : مناقشة أدلة الفريق الأول [1] القائل بجواز التقنين :-

1- إن الاستدلال بآية النساء لا يتوجه لما قالوا به؛ فإن الله سبحانه وتعالى أمر بطاعته، ثم بطاعة أولى الأمر؛ لأن طاعتهم إنما تكون فيما فيه طاعة الله ورسوله - ﷺ -، والتقنين فيه إلزام بأحد القولين أو الأقوال في أحكامٍ مناطها الاجتهاد، فالوالي ليس له إلزام أحد بما تبين له خلافه.

2- وأما استدلالهم بحديث ابن عمر - رضي الله عنه - فهو دليل على أن الطاعة لولي الأمر إنما تكون بالمعروف، وفيما فيه معروف، والإلزام بقول معين من أحكام الاجتهاد إلزام بما يراه القاضي خطأً أحياناً، ومن استبانت له سنة فليس له أن يدعها لقول غيره.

1- انظر : بكر أبا زيد : فقه النوازل (1 / 33) وما بعدها .



3- وأما ما ثبت عن عثمان - ﷺ - أنه جمع الناس على مصحف واحد ، وأحرق باقي الصحف ، فمن المعلوم أن القرآن كان مكتوباً على عهد رسول الله - ﷺ -، لكنه كان مفرقاً في الرقاع[1]،واللخاف [2]، والسعف[3]، والأكتاف [4]، والأقتاب [5]، وقطع الأديم [6]، ثم إن أبا بكر - ﷺ - جمعه في الصحف بدل العظام والسعف وغيرها،فيمكن الرد عليه بأنه قياس مع الفارق؛وذلك لأن هذا الجمع الذى فعله عثمان - ﷺ - قد أجمع الصحابة- ﷺ -، عليه فأمضوه، وأما الإلزام بتقنين معين فهو مخالف لذلك، حيث إن إجماع الصحابة قطعي الدلالة بخلاف التقنين، فإنه ترجيح لأحد الآراء، واعتماده قانوناً.

وإن عامة القراءات الصحيحة التى لم تنسخ لا خلاف في وجوب العمل بها؛ كالقراءة المعتبرة في المصحف، أما التقنين أو التدوين للأحكام فلا يجوز لمن أُلْزِمَ بها العملُ بما عدا هذا القول الملزَم به.

وإن المصحف الذى جمع عثمان - ﷺ - الناس عليه هو صواب مائةً في المائة، لا خطأ فيه، وهو حقٌّ لا شك فيه، فمن أنكره، أو جحد شيئاً منه فهو كافر بإجماع المسلمين .

وأما الأحكام الملزم بها فلا شك في وجود خطأ فيها؛ لأنها من اجتهادٍ غير معصوم، والخطأ فيها وارد.

1- الرُّقاع : جمع رقعة ، وهي القطعة من الورق أو الجلد يكتب عليها، القلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص: 225).

2- اللخاف : جمع لَخْفة ، حجارة بيض رقاق ، القلعه جي : معجم لغة الفقهاء (ص : 390) .

3- السعف: جمع سَعَفَة ، أغصان شجر النخيل اليابسة ما دامت بأوراقها ، القلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص : 244).

4- الأكتاف : جمع كَتِفُ ، وهو عظم عريض خلف المنكب من البعير او الشاة ، القلعه جي : معجم لغة الفقهاء (ص : 377) .

5- والأقتاب: جمع قِتْبٍ، وهو الخشب الذي يوضع للبعير يركب عليه ،الفيومي: المصباح المنير(ص : 253)، مادة قتب .

6- قطع الأديم : جمع أَدَم أي الجلد ، الرازي : مختار الصحاح (ص : 16) ، مادة أدم .

وأما بالنسبة للمعقول فالرد عليه من وجوه سبعة :-

1- **قولهم في التقنين** : إنه يجلب بعض المصالح، ويدفع بعض المفاسد، **يرد عليه أنه** من المعلوم لدى الخاص والعام أن دين الإسلام صالح لكل زمان ومكان، وعلى مر العصور المختلفة والأطوار المتباينة؛ كان الشرع هو الحكم، وقد تحققت العدالة بتحكيم الشريعة، وانتشر اليسر، وارتفع الحرج، والعسر، هذا ولنا من واقع غيرنا المُشَاهَد دليلٌ ونظرٌ، وهو أن البلاد الغربية التي تسير على أساس القانون الوضعي لم ترتفع شقة الخلاف فيها، وهكذا في البلدان التي قُنِّنَتْ فيها الأحوال الشخصية، وحُدِّدَتْ موادها وأحكامها، لم يرتفع ذلك عنها، وهذه مجلات المحاماة، ودوائر النقض والإلزام، تعاني من ذلك الشئ الكثير، فماذا صنع التقنين [1] ؟!.

2- **أما قولهم** : إنه بعدم التقنين يهرب المدعوون إلى محاكم أوروبا، **فإن هذا بعيد؛** لأن هذا الصنيع كفر؛ قال تعالى: ﴿ ...يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلالاً بَعِيداً ﴾ [2] .

وجه الدلالة :-

ذكرت الآية الكريمة أن المنافقين يؤثرون التحاكم إلى الطاغوت، وهو ما عدا حكم الله من القوانين، وقد زيَّن لهم الشيطان ذلك ليضلهم ضلالاً بعيداً، فتأكد بذلك أن التحاكم لغير شرع الله رجس من عمل الشيطان، ونحن مأمورون أن نكفر به، ونؤمن بحكم الله، فمن لم يفعل كان كافراً بشرع الله مؤمناً بالطاغوت، فقد تبين الرشد من الغيّ

1- من ينظر إلى المحاكم الشرعية في قطاع غزة يجد القضايا والشكاوى الكثيرة ، انظر : سجلات المحاكم الشرعية .

2- سورة النساء : الآية (60).



3- **أما قولهم** : بعدم مفادها عدم بلوغ كثير من القضاة رتبة الاجتهاد، ولو في مذهب إمامه، **فيمكن الرد عليها:** إن مذهب الجمهور هو شرطية توفر الاجتهاد فيمن يلي القضاء[1]، وإن تعسر ذلك فيولى الأمثل فالأمثل، ومن توفرت فيه الشروط يقدم على من دونه قال تعالى: ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾ [2] .

4- **أما قولهم:** إن الإلزام بمذهبٍ معين فيه دفعٌ للحكم بالتشهي، **فيرد عليه:** إن من شروط تولية القاضي للقضاء العدالة، فلا مجال لأن يقضي بالتشهي؛ لحرمة ذلك، ولتنافيه مع العدالة المتحققة في القاضي [3] .

5- **أما قولهم** : إن القضاة بمثابة وكلاء عن الإمام : **فيناقش بأن هذا غير مسلَّم به؛** وذلك لأن القاضي يحكم بما يظهر له من الاجتهادات، فلا يجوز له أن يحكم برأي غيره إنْ ظهر له الحق في غيره، فالوكالة منوطة بما لا يتنافى مع الشرع، بأن يلزمه بزمن معين ومكان معين، وهذا لا خلاف في جوازه، لا أن يلزمه بقول معين.

6- **أما قولهم:** إن التقنين الملزم يكون اختيار أحكامه باتفاق أكثر مجتهدي العصرِ، فيكتسب الإجماع، **فيرد عليه بأن** : الإجماع لا ينعقد بقول الأكثرين من أهل العصر [4] .

7- **وأما قولهم** : بعدم وجود أدلة تمنع التقنين؛ **فيرد عليه بأن** هناك أدلةً كثيرةً تفيد منع التقنين [5] .

ثانياً : مناقشة أدلة المانعين :-

ويرد على أدلة المانعين من تقنين الأحكام الشرعية بما يلي :-

1- انظر : حكم اجتهاد القاضي من الرسالة (ص:89) .

2- سورة التغابن : الآية (16) .

3- انظر : شروط تولي القضاء من الرسالة (ص:37).

4- انظر: ابن قدامة : روضة الناظر (ص : 71) .

5- انظر : أدلة الفريق الثاني القائل بعدم جواز تقنين الأحكام الشرعية (ص : 147) من الرسالة .

1- **أما الاستدلال بآية المائدة،** فيردُّ عليه بأن القاضي لا يمكن أن يجزم بأن الصحيح خلاف ما جاء في التقنين إلا حين يكون مخالفاً لقطعي الدلالة، وهذا قليل بالقياس إلى الظني، وإن معظم الفقه من الظني الدلالة، وليس اجتهاد القاضي بأولى من اجتهاد الحاكم بواسطة القائمين على التقنين من المجتهدين.

2- **ويرد على الاستدلال** بآية النساء بأن الكلام من المماحكة والجدل ليس إلا، إذ إن الاستدلال قائم على أن التقنين ليس مأخوذاً عن الله ورسوله، ويتصور أن الرجوع إليه ليس رجوعاً إلى الله ورسوله، ولا يتأتى هذا إلا في التقنين الوضعي، أما في التقنين الشرعي فهو مأخوذ من اجتهادات بعض الأئمة المستنبطة من الكتاب والسنة.

3- **ويرد على الاستدلال بحديث ابن بريدة (القضاة ثلاثة ....)** بأنه قاصر على ما كان دليله قاطعاً أما ما كان معتقده دليلاً ظنياً، فلا يضر القاضي أن يحكم بخلاف معتقده؛ لأن رأيه يحتمل الخطأ، ورأي غيره يحتمل الصواب.

4- **ويرد على حديث معاذ -**رضي الله عنه- فى الاجتهاد عندما أُرْسِل إلى اليمن بأنه ضعيف عند المحدثين ، وإن كان مشهوراً على ألسنة الفقهاء والأصوليين.

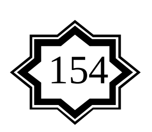
وعلى فرض صحته فغاية ما فيه مشروعية الاجتهاد عند فقد الدليل، والتقنين مستند إلى الأدلة التي استند إليها المجتهد صاحب الرأي الذي جرىٰ تقنينه.

ويمكن إلزام المقننين بوضع مذكرة تفسيرية تتضمن الأدلة التي استند إليها المجتهد الذي اعتمد رأيه قانوناً، كما حصل لمجلة الأحكام العدلية؛ إذْ كان معها كتاب اسمه(مرآة المجلة) تضمن أدلة المواد القانونية من مصادر التشريع المختلفة.

5- **كما ويرد على المعقول من وجوه :-**

(أ) أما بخصوص تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان فيحل إشكاله بأن تكون هناك لجنة علمية لإعادة النظر في القوانين بين الحين والآخر، وعلى القضاة أن يرفعوا آراءهم المخالفة للمواد القانونية بأدلتها لتلك اللجنة، وهي تقوم بتعديل ما تغيرت مصلحته، أو العرف الذي بني عليه.

(ب) **وأما بخصوص أن القاضي** يحكم بخلاف ما يعتقده **فيرد عليه** بأن الأحكام التي



تقنن توضع باختيار نخبة من أهل العلم، بحيث توافق الزمان والمكان، وأن مخالفتها شذوذ عن قول الجماعة.

(ج ، د) **وقولهم :** إن في التقنين إضعافاً لأهلية الاجتهاد، وَسدًّاً لطرق الدلائل والاستنباط، **فيناقش بأن** الاجتهاد المطلوب هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع المعقدة والشائكة، أما الاجتهاد بالمعنى الأوسع فنتركه لمن يختار الأحكام عند التقنين.

(هـــ) **وأما قولهم :** إن الحياة تتطور، وإذا قننت الأحكام الشرعية أصيب القانون بالجمود، **فيمكن الردُّ عليه** بأن يتم وضع لجنة علمية لإعادة النظر في القوانين بين الحين والآخر بحيث يتم مواكبة تطور الحياة.

(و) **وأما قولهم :**إن التقنين لم يفعله السلف الصالح في القرون الأولى **فيرد عليه بأن هذا** لا يمنع جواز التقنين في زمننا هذا للحاجة والضرورة الملحة لذلك؛ من ضعف قضاة العصر، وعدم بلوغهم رتبة الاجتهاد؛ كما هو الحال بالنسبة لسلفنا الصالح-رضوان الله عليهم -.

الترجيح :-

إن الشريعة الإسلامية مدونة، والرجوع إلى أحكامها سهل وميسور، وعليه **فإن الذي يترجح لى - والعلم عند الله - هو ما ذهب إليه المحققون من أهل العلم من جواز تقنين الأحكام الشرعية، حيث إن التقنين الذى نادى به المجيزون يختلف عن الإلزام بمذهب معين، لما يلي :-**

1- إن التقنين يجب أن يستند إلى الأدلة الشرعية ولا يخرج عنها من حيث الأساس .

2- ضعف أهلية الغالبية العظمى من القضاة عن الدنو من مرتبة الاجتهاد ، والأسلم أن يكون دورهم فى الاجتهاد فى التطبيق .

3- ضعف الوازع الديني عند كثير من القضاة؛ لأنها وظائف حكومية، يختار لها من الموالين للسلاطين، وربما يكونون ممن لا يمتون بصلةٍ للعلم ولا للدين، ومن هنا فالمحسوبية والرشاوى تجد سبيلها إلى نفوسهم .

4- إن التقنين مظهر حضاري يدل على الاستقرار، ويجعل الناس آمنين على مصائر تصرفاهم، بخلاف ما لو تركناهم تحت رحمة القاضي الذي يخطئ ويصيب.

5- إن في التقنين حفظاً لسمعة القضاء وهيبته، وحماية القضاة من القيل والقال، ومن تأثيرات الأمراء والعمال، حيث تنتفي السلطة التقديرية، ويكون ملزماً بتطبيق النصوص.

6- يستطيع الإنسان أن يعرف حقوقه وواجباته، ليقيم على أساسها معاملاته.

وذلك مشروط بوضع الضوابط الشرعية التي تحكم سيره، من حيث استمداده وقواعد تطبيقه، وأهمها ضابطان [1] :-

(أ) أن يتم اختيار نخبة من أهل العلم والفقه والصلاح والدين؛ ليقوموا بهذا الدور.

(ب) أن لا يقتصر الأمر على تقنين أقوال مذهب معين، وإنما تأخذ بالراجح من أقوال الفقهاء، من مختلف المذاهب الإسلامية المعتبرة من المذاهب الأربعة؛ بحيث يكون مناسباً لحال الناس وظروفهم، يدخل تحت قواعد الكتاب، والسنة، وفقه السلف الصالح، وعلى رأسهم الصحابة الكرام، وفي مقدمتهم الخلفاء الراشدون، مما لا يصادم نصاً، ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة.

إن الأمة الإسلامية اليوم غريبة فى أوطانها، تعيش في صراع مع الغرب أقصاه وأوسطِهِ والشرق، وهذا الصراع يستهدف إذابتها وإزالتها من الوجود بشتى الوسائل.

فنحن اليوم بحاجة ماسة إلى التجديد في جوانب من مجلة الأحكام العدلية الشرعية وفق الضابطين السابقين.

موقف القانون :-

أجاز القانون العمل بتقنين الأحكام الشرعية ، وقد صدرت مجلة الأحكام العدلية على وفق مذهب أبى حنيفة – رحمه الله – **فقد نصت المادة (157) على ما يلي : " تصدر الأحكام طبقاً لهذا القانون، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، ما عدا الأحوال**

1- انظر: عمر الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي (ص: 202)، زيدان: تاريخ القضاء الإسلامي(ص:212).

التي نصَّ فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك الأحوال "[1].

ويؤخذ على هذه المادة أنها قننت الأحكام الشرعية مقيدة ذلك بالإلزام بمذهب معين، (مذهب أبي حنيفة)، ونحن اليوم بحاجة إلى تجديد في بناء مجلة الأحكام العدلية الشرعية دون تقيد بمذهب معين.

وأرى أن التقنين الذي نادى به المجيزون يختلف عن الإلزام بمذهب معين، فالطريق السليم في ذلك هو اتباع منهج الاجتهاد الجماعي في وضع التقنينات التي تصاغ من الفقه الإسلامي بمعناه الواسع؛ أي من مجموع اجتهاداته، لا من الاجتهاد الحنفي فقط، باتباع الرأى الذي يؤيده الدليل الأقوى من الكتاب والسنة، واستنباط الفروع، مما هو صواب بحيث يناسب حال الناس وظروفهم مما يدخل تحت قواعد الكتاب والسنة، ولا يصادم نصاً، ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة.

وبذلك يمكن أن نحصل على قانون مدني إسلامي يفوق أحسن القوانين المدنية المعروفة إلى اليوم، لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادئ ومبان وأحكام تتسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة والمتوقعة، وإن مصادرها قريبة النسب منا وسهلة التناول علينا.

1- سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 147)، من قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة(157).

المبحث الرابع

مدى تطبيق الاجتهاد فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة

إنَّ الاجتهاد هو روح الشريعة الإسلامية، وذلك فيما لا نصَّ فيه من الكتاب، والسنة، والإجماع، فهو الذى يجدد الحياة في تشريعها وفقهها الذى ينظم مصالح البشر، ومن المعلوم أن مصالح الناس تختلف باختلاف الزمان والمكان.

فالاجتهاد هو آلة القضاة في البتِّ فيما لم يرد فيه نص أو قياس، وبالزيارة للمحاكم الشرعية في قطاع غزة، أُسطْر ما توصلت إليه فى طيّات هذا المبحث من اجتهاد القاضي فى النصوص القانونية، وكذلك تكلمت عن التعميمات، والقرارات الواردة على النص القانوني، ومدى إلزامية العمل بها، **وذلك في المطلبين التاليين :-**

المطلب الأول

الاجتهاد في النص القانوني

بدا واضحاً مما سبق أنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص؛ إذ لا اجتهاد مع النص، وإنما يكون الاجتهاد في إعمال النصوص بحسب الوقائع والحوادث.

وبالرجوع إلى المحاكم الشرعية في قطاع غزة، وبسؤال ذوي الخبرة والاختصاص[1]؛ تأكد لي الواقع المؤلم من التسلط على القضاة في المحاكم الشرعية الابتدائية، خاصة في تقييدهم وإلزامهم بمذهب الإمام أبي حنيفة – رحمه الله -، وربما كان في ذلك تضييق على الناس، وكان الحق في غير هذا المذهب، فيحكم القاضي بغير ما يعتقد، وهذا أمر محرج.

إنني وإن قلتُ بوجود اجتهاد القاضي في المحاكم الشرعية، إلا أن هذا الاجتهاد محصور في المذهب الحنفي، فيبذل القاضي الشرعي جهده في العمل على نسبة ما يُعْرَضُ عليه من

1- أبدى بعض القضاة استياءً شديداً عند زيارتى لهم؛ وذلك لأنه ليس مصرحاً لهم أن يجتهدوا علاوة على أنه قرر منع جميع أصحاب الفضيلة قضاة المحاكم الشرعية بجميع مستوياهم ، والعاملين فيها الحديث لمختلف وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، والمقروءة مهما كان نوع الحديث، وإن ذلك يعتبر مخالفة قانونية ، وهي إفشاء أسرار العمل انظر : تعاميم قاضي القضاة الشيخ / تيسير التميمي ، رقم (16 / 2005)، رقم (17 / 2005)، ورقم(19 / 2005) من التعاميم التى فيها تضييق وتسلط على القضاة بجميع مستوياهم .

قضايا إلى ما هو منصوص عليه، ومقنن عنده، **فينتقل فى ذلك حسب الترتيب التالى:-**

1- **قانون أصول المحاكمات الشرعية:** وهو ينظم المحاكم الشرعية لضمان سيرها ونزاهتها[1].

2- **قانون الأحوال الشخصية:** وهو ينظم شؤون الزواج، والطلاق، والميراث، والوصية، وما يتعلق بها من أحكام [2].

3- **قانون حقوق العائلة** [3]: وهو يضمُّ موضوعات تشبه قانون الأحوال الشخصية، وإن انفرد ببعض المواد؛ زيادة فى الإيضاح [4].

4- **مواد مجلة الأحكام العدلية وشروحها:** وذلك في حالة عدم وجود نّصٍ فى القوانين الثلاثة السابقة، فعندها يلجأ القاضي إلى مجلة الأحكام العدلية وشروحها [5].

5- **الرأى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان – رحمه الله -**، وذلك بعد أن يبذل جهده فى البحث عن المادة التى يريدها فى القوانين الثلاثة السابقة، وهي مسطورة فى مجموعة القوانين الفلسطينية؛ فإن لم يجدها انتقل إلى مجلة الأحكام العدلية وشروحها؛ فإن لم يجد مستنده فيها، فإنه يلزم بالرجوع إلى الرأي الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان – رحمه الله -.

1- سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 123 - 182) .

2- المصدر السابق : (10 / 2 -107) .

3- قام بإقرار هذه المواد الحاكم الإداري العام للمنطقة الخاضعة لمراقبة القوات المصرية بفلسطين ، بمقتضى المرسوم الجمهوري الصادر بتاريخ 26 يناير سنة 1954 م ، وسمي هذا القانون فى المادة (1) قانون حقوق العائلة. انظر: سيسالم وآخرين: مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 108) .

4- المصدر السابق : (10 / 108 - 122) .

5- انظر : الباز : شرح المجلة، حيدر : دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام .

وهذا ما نصت عليه المادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها :

" تصدر الأحكام طبقاً لهذا القانون [1]، ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ما عدا الأحوال التى نصَّ فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة [2]، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد " [3] .

أخلص من ذلك إلى أن كل قانون من القوانين الثلاثة السابقة الذكر يُعْمَلُ به من تاريخه، فإذا تعارضت دلالاتها يعمل بالمتأخر منها، وكذلك الأمر إذا تعارضات نصوص مجلة الأحكام العدلية مع تلك القوانين، فإن التى تقدم هى القوانين الثلاثة الأولى؛ لأنها هي المعمول بها في المحاكم الشرعية فى قطاع غزة .

ولا يلتفت عنها إلى غيرها [4] إلا فى حالة فقد النص القانوني فى المسألة محطِّ البحث، وحينها فإنه يعمل على الأخذ بما هو راجح فى مذهب الإمام أبي حنيفة – رحمه الله - .

بناءً على ذلك يمكن عَدُّ القاضي فى المحاكم الشرعية اليوم " **مجتهدَ مذهب "- إن جاز التعبير فى حقهم** – إلا أنَّ اجتهادهم اجتهاد صوري، فالقاضي يعمل بما هو موجود عنده من قوانينَ مسطورة، وربما اجتهد فى الأمور الإدارية من سماع الشهود والبينات، وتوثيقها، والبتِّ فيما يحتاج إلى ذلك، وتأجيل القضايا التى تحتاج لذلك، وكل ما ورد منوط باختصاصه .

1- المقصود : قانون الأحوال الشخصية ؛ لأنها مادة مصوغة ضمن هذا القانون .

2- انظر : سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 116 - 175) ، مادة (70 ، 74 ، 75) من قانون الأحوال الشخصية ، وقانون رقم (13) لسنة 1962م بشأن الوصية الواجبة ، وغيرها ؛ فإنه يتم العمل بموجب هذه المواد ، وإن خالفت أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة؛ لأنه نص عليها .

3- انظر : سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 147) المادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

4- انظر : سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 122 ، 162) ، مادة (123) من قانون حقوق العائلة وتنص على ما يلي: " **يلغى كل ما يتعارض مع هذا الأمر** " ، ومادة (124) ، وتنص على ما يلي: " **يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية** "، ومادة (252) من قانون أصول المحاكمات الشرعية، وتنص على ما يلي: " **يلغى كل ما يتعارض مع هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية** " .

فيظهر لي أن الاجتهاد فى المحاكم الشرعية بالنسبة للقضاة موصدٌ بابه ، وإن إغلاق باب الاجتهاد يكاد يكون خرقاً واسعاً فى رداء التشريع الإسلامي، ولا بد من إصلاح الأمر قبل أن يتسع الخرق على الراقع .

فالقاضي مقيد بالمذهب الحنفي، لا يستطيع الخروج عنه، والاستئناف من ورائه بالمرصاد، فإذا اجتهد حتى فى حالة عدم وجود النص فى المذهب الحنفي بما هو راجح، كان هذا الاجتهاد دائراً بين القبول والرد.

إن الاجتهاد باب لا بدَّ من فتحه؛ لأنه روح الشريعة الإسلامية؛ ذلك أنَّ الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات كثيرة، والأحكام تتغير بتغير الزمان والمكان، وهذا يدعو إلى أن نعمل على فتح باب الاجتهاد بِقَدَرٍ؛ خشية أن يستغل أعداء الدين هذا الأمر لإفساد قوانين الشريعة، وبثِّ البدع والسموم الفكرية؛ فإنه لا يمكن التسليم بإغلاق هذا الباب إغلاقاً تاماً أبدياً؛ لما له من الأثر السيء في اتهام الشريعة بالعقم ، والتضييق على القضاة فى الأحكام المستجدة والطارئة، مما أفقد شريعتنا الغراء خصائص الحيوية، والمواكبة لكل جديد.

فمن أراد طرق باب الاجتهاد فإن ذلك مقيدٌ بما يتناسب مع روح الشريعة الغراء، لا إفراط ولا تفريط، بحيث يُظْهِرُ المجتهد أسباب اجتهاده، والأدلة التى استند إليها فى هذا الاجتهاد، وبعد ذلك يتم رفع اجتهاده إلى مجلس القضاء الأعلى؛ للنظر فيه، ودراسته للمصادقة عليه، أو ردِّه إنْ بدا لهم أنه لا يقوىٰ على مخالفة غيره من الأدلة والأقوال الأخرى التى ربما يكون فيها التيسير ورفع الحرج عن الناس فى حياقم.

المطلب الثاني

التعميمات والقرارات الواردة على النص القانوني، وإلزامية العمل بها

بالرغم من الحسرة التي وجدتها فى ذهابي إلى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة من عدم الاجتهاد، وإلزامية القضاة فى تلك المحاكم بمذهب معين، وقانون مسطور ، ومن خالف فى ذلك، و لم يلتزم بما هو مقنن عنده فى مجموعة القوانين الفلسطينية [1] ؛ رُدَّ حكمه، واستؤنف عليه، إلا أنني رغم هذه الحسرة أظن أنني وجدت مرادي وضالتي التي بحثت عنها فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة حسب ظني، وهي عبارة عن تعميمات وقرارات قاضي القضاة [2]، فى المحاكم الشرعية، وهى تحتوى على قرارات إدارية تتعلق بتنظيم العمل فى المحاكم الشرعية، وأصول المحاكمات، وإجراءات الزواج، وما يتعلق بالنفقات وقطعها ... الخ [3] .

والبعض الآخر من هذه القرارات - وهو مرادي - يتم من خلاله تعديل فى بعض النصوص، وتغيير فيها؛ إما توضيحاً لما هو مُشكل، وإما نسخاً لها.

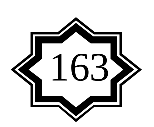
والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يحقُّ ذلك لقاضي القضاة؟

يعتقد بعض الناس أن قاضي القضاة له صلاحيات القاضي، ولكن الحقيقة غير ذلك؛ فإن منصب قاضي القضاة يعادل منصب وزير العدل بالنسبة للمحاكم النظامية؛ إذ إن وزير العدل من السلطة التنفيذية، وليس من السلطة القضائية، فليس له أن يتعدى اختصاصاتِهِ

1- انظر : سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية الجزء العاشر (1) الأحوال الشخصية للمسلمين والمسيحيين والأجانب ، وقوانين الأوقاف وفقا لآخر ما طرأ عليها من تعديلات (الطبعة الثانية مايو سنة 1996 م).

2- أبو سردانة سابقاً وهو سماحة: الشيخ محمد حسين محمد أبو سردانة ، عُين وكيلاً لوزارة العدل لشؤون المحاكم الشرعية والإفتاء فى تاريخ 6 / 5 / 1994 م قرار رقم (17 / 94) ، إلا أنه فى تاريخ 18 / 10 / 1994 م تم إلغاء منصب وكيل وزارة العدل لشؤون القضاء الشرعي والإفتاء، وإنشاء منصب قاضي القضاة للمحاكم الشرعية برتبة وزير، وبذلك يكون هذا أول منصب قضائي شرعي فى تاريخ فلسطين، انظر: أبا سردانة: القضاء الشرعي(ص : 42، 90).

3- انظر : محمد ناجي فارس : تعاميم قاضي القضاة ونائبه (ص : 1) وما بعدها.



المنصوصَ عليها في القوانين، والتي من شأنها حماية استقلال القضاء، وكذلك الأمر بالنسبة لقاضي القضاة، فقد نص نظام صلاحيات قاضي القضاة على تعيين قاضي القضاة، وصلاحياته، **وهي كما يلي** [1] :-

أولاً: تعيين قاضي قضاة برتبة وزير بإرادة ملكية، بناء على تنسيب مجلس الوزراء، ويكون مرتبطاً برئيس الوزراء مباشرة.

ثانياً: يمارس قاضي القضاة جميع الصلاحيات الإدارية المنوطة بالوزراء؛ بمقتضى نظام الموظفين، وتناط به الواجبات التي نَصَّت عليها القوانين والأنظمة المعمول بها كقانون تشكيل المحاكم وغيره من القوانين التي أناطت به بعض الاختصاصات.

وبالإضافة إلى الصلاحيات المخولة لقاضي القضاة كوزير، فإن هناك اختصاصاتٍ أخرى أنيطت بقاضي القضاة، نص عليها قانون تشكيل المحاكم، وقانون الأحوال الشخصية، **وبعض القوانين الأخرى وأهم هذه الاختصاصات ما يلي** [2] :-

1- رفع قرارات المجلس القضائي لاستصدار الإرادة الملكية السامية بشأن هذه القرارات

2- ندب القضاة في حالة الضرورة للعمل في محكمة أخرى أعلى أو مساوية للمحكمة الملحق بها القاضي المنتدب، ولمدة محدودة.

3- دعوة المجلس القضائي للاجتماع.

4- رفع طلبات الاستقالة المقدمة من القضاة إلى المجلس القضائي للنظر بشأنها .

5- الإشراف على جميع المحاكم الشرعية وقضاتها، ويعاونه مدير الشرعية ومفتش المحاكم الشرعية.

1- انظر : القضاء الشرعي في العهد الهاشمي : محمد محلان (ص : 81) ، قرار رقم (2) سنة 1955 م ، نقلاً عن أبي البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (ص : 38).

2- انظر : المواد(6 ، 10 ، 15) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، والمواد (17 ، 18 ، 23) فقرة (أ) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية؛ والمادة (7) من قانون الأحوال الشخصية الأردني فقرة (هـ) قانون رقم 16 سنة 1976 م ، والمادة (3) من قانون المحامين الشرعيين رقم 12 سنة 1952 م، نقلاً عن أبي البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (ص : 39 ، 40).

6- له حق تنبيه القضاة لما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم، أو مقتضيات وظيفتهم.

7- إصدار التعليمات بشأن أعمال المأذونين الشرعيين، والموافقة على تعينهم.

8- منح إجازة المحاماة الشرعية للمحامين الشرعيين، وتسجيلهم فى سجل المحامين.

وهناك اختصاصات أخرى لقاضي القضاة إلا أني لم أجد فى هذه المواد مادة تنص على أنه من صلاحيات قاضي القضاة سن القوانين أو تعديلها .

فجميع الصلاحيات المخولة لقاضي القضاة كلها فى الشؤون الإدارية، وليس له حق صلاحية قاضي محكمة بدائية، فهو يتبع رئاسة الوزراء، وبالتالي يكون من السلطة التنفيذية، وليس من السلطة القضائية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن نظام الخدمة المدنية قد نَصَّ على أن قاضي القضاة من موظفي الدرجة العليا الفئة الأولى.

ومن هنا يكون قاضي القضاة موظفاً يتبع نظام الخدمة المدنية، ونظام التقاعد فيها وسِنَّ التقاعد [1]، إلا أنه يمكن أن يكون استثناءات لبعض القضاة بتمديد سن التقاعد، وذلك برفع كتاب إلى مجلس الوزراء، والنظر فيه.

سن القوانين وإقرارها من صلاحيات المجلس التشريعي الذى يُقر هذه القوانين بعد القراءة الثالثة [2]، فليس لقاضي القضاء سن القوانين أو تغييرها؛ إلا أن هذا الأمر ما تمَّ اللّجوءَ إليه إلا لظروف الشعب الفلسطيني التي مَرَّ بها من التسلط الصهيوني ، والغطرسة الغاشمة على جميع مناحي الحياة؛ فكان هذا الأمر صورةً استثنائية فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة، وقاضي القضاة له صلاحية القاضي، وذلك لتوليته " رئاسة المحكمة العليا الشرعية " [3] .

1- انظر : أبا البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (ص : 39) .

2- انظر : الوقائع الفلسطينية الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية ، تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل 16 محرم سنة 1424 وفق 19 مارس 2003 م ، مقدمة القانون الأساسي (ص : 6) .

3- انظر: تعميم رقم(7 / 2004)، صلاحيات المحكمة العليا الشرعية تاريخ 16 / 1 / 1425 هـــ وفق 7 / 3 / 2004 م .

وكذلك توليه رئاسة " **المجلس الأعلى للقضاء الشرعى** "[1]، **والمحكمة الشرعية العليا هي محكمة قانون، وأحكامها نهائية قطعية** [2] .

وقد تبين لي سابقاً أن القاضي لا يحق له أن يجتهد فى حالة وجود النص؛ فإن لم يجد نصاً يستند إليه، اجتهد فيما هو الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، فهو مقيد بمذهب معين، إلا أن فى التعميمات والقرارات الواردة فى المحاكم الشرعية نوع اجتهاد، بحيث يتم من خلالها تغيير فى بعض النصوص المقننة، ومن هذه التعميمات قرار المحكمة العليا الشرعية؛ حيث اجتمعت المحكمة العليا الشرعية بغزة بكامل هيئاتها برئاسة قاضي القضاة، وبعد اطلاعها على ما رفع إليها من المواطنين حول تمديد سن الحضانة فى المحافظات الجنوبية، وحرصاً منها على مصلحة المحضون، وعملاً بالأحكام الشرعية، وتوحيد العمل فى المحاكم الشرعية فى فلسطين، واستناداً للمادة (203) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، **وبعد المداولات، قررتْ هيئة المحكمة بالإجماع ما يلي :-**

1- تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها لتربية أولادها الصغار إلى بلوغهم سن الخامسة عشرة.

2- يعمم هذا القرار على جميع المحاكم الشرعية للعمل بموجبه اعتباراً من تاريخه [3] .

من ذلك يتبين لي أن فى المحاكم الشرعية اجتهاداً مقيداً فى المحكمة العليا الشرعية، ومجلس القضاء الأعلى، لذا أرفق ملحقاً يظهر مسوغات هذا الاجتهاد، وأنا أميل إلى

1- انظر : تعميم رقم (27 / 2003) ، مهام وصلاحيات المجلس الأعلى للقضاء الشرعي، ويختص بالأمور الإدارية فيما يتعلق بالقضاة . تاريخ 29 ربيع الآخر سنة 1424 هـ، وفق 29 / 6 / 2003 م .

2- انظر : مادة (6) من نظام المحكمة العليا الشرعية .

3- انظر : قرار رقم (60 / 2005 م) صدر فى غزة بتاريخ 28 ربيع الآخر 1426هـ، وفق 5 / 6 / 2005 م، وانظر : مادة (391) من قانون الأحوال الشخصية الذى نسخ حكمه (ص : 63).

ترجيحه وذلك لمصلحة المحضون [1]، وأخص " **الأنثى** " بذلك؛ فإنها بحاجة إلى أم ترجع لها تسألها عن أحكام الطهارة وغيرها [2] .

وأرى أن هذا التعميم اجتهاد لمصلحة القاصر، فأميل إلى العمل به، وخاصه في حق الفتاة التي هي بحاجه إلى تعلم آداب النساء، والأم على ذلك أقدر من الأب طالما أن شروط الحضانة متوفرة فيها، مع متابعة الأب لها حسب العادة، فإن حصل لديه شك في تربية الأم، وأقام الدليل على ذلك، فله حينئذ نزعها من الأم لصيانة الفتاة وحمايتها، فيقتضي الالتزام والعمل بموجبه، وعليه فإن التعميمات يعمل بموجبها من وقت صدورها، ومن خالف ذلك فإن حكمه مردود عليه، ويعتبر أنه قد خالف النص، وقد استؤنفت أحكام فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة لمخالفتها تعميم قاضي القضاة، ومن ذلك ما جاء عن محكمة الاستئناف الشرعية غزة[3] .

ومن هذه التعميمات التي فيها اجتهاد تعميم رقم (44 / 2005) الذى نصه: " حفاظاً على أموال القاصرين وصيانتها من الضياع يمنع تسجيل وكالة من القاصرين بقبض أموالهم قبل بلوغهم سن الرشد المالي؛ عملاً بالقاعدة الشرعية(**فاقد الشيء لا يعطيه**)، ويستطيع ولي القاصر أو وصيه طلب الإذن من فضيلة القاضي بقبض أمواله إذا توفرت المسوغات الشرعية لذلك حسب الأصول، فيقتضي الالتزام والعمل بموجبه " [4].

1- انظر : محمد ناصر : الحضانة بين الشريعة والقانون.

2- مرفق ملحق حول قرار المحكمة العليا الشرعية بتمديد سن الحضانة بقلم الشيخ تيسير التميمي، قاضي قضاة فلسطين رئيس المحكمة العليا الشرعية (ص : 216) من الرسالة.

3- مرفق ملحق قرار استئناف من محكمة الاستئناف الشرعية غزة لمخالفته تعميم قاضي القضاة (ص:221).

4- تعميم قاضي القضاء رقم (44 / 2005 م).

وانظر : تعميم قاضي القضاة ، ونائبه فى عشر سنوات من 29 / 8 / 1994 م، وحتى 29 / 8 / 2004 م، جمع قاضي غزة الشرعي محمد ناجي بن فؤاد فارس .

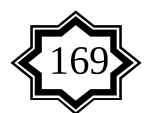
وعلى ذلك فإن تعميمات وقرارات قاضي القضاة ملزمة، ويجب العمل بمقتضاها من وقت صدورها وإلا استؤنف الحكم ورُدَّ.

وهذا يعد -كما ذكرت- حالة استثنائية للظروف الراهنة؛ لأن سن القوانين وإقرارها من صلاحيات المجلس التشريعي [1] .

لذلك أدعو الإخوة أصحاب الفضيلة أن يدخلوا هذا المجلس، ولا يتركوا العنان لغيرهم فى أن يسنوا ما يشاؤون من قوانين غير شرع الله [2]؛ لأنهم تأثروا بالفكر الغربي، وما يطلبونها منهم، إلا من رحم ربنا.

1- انظر : الوقائع الفلسطينية (ص : 6).

2- انظر : فتوى الشيخ إحسان عاشور مفتي محافظة خان يونس، والتي تنص على دخول الانتخابات، فتوى إصدار رقم (44) وخلاصتها قوله: لا حرج فى المشاركة بالانتخابات بل هى واجبة ... الخ .





المبحث الأول

الوفاق والافتراق بين القضاء والإفتاء

درج الفقهاء عادة على ذكر الفرق بين المصطلحات، ولكنْ أردتُ أن أذكر أوجه الوفاق بين القضاء والإفتاء؛ لما لهذين المنصبين من صِلات وطيدة، وأوجه وفاق عديدة.

وسأذكر أوجه الوفاق والافتراق – إن شاء الله – **في المطلبين التاليين، كما يلي:-**

المطلب الأول

أوجه الوفاق بين القضاء والإفتاء

يمكن رصد أبرز وجوه التشابه بين القضاء والإفتاء في ستة عشر بنداً ، كما يلي :

1- إن القضاء والإفتاء فيهما إظهار لحكم الشارع في واقعةٍ من الوقائع، فهما يشتركان في كونهما إخباراً عن الحكم [1].

2- إن القضاء والإفتاء مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف، وتمييز ما يجب اعتباره من هذه الأوصاف، وما لا يجب، وربط الحكم الشرعي بالمعتبر منها، فالقاضي والمفتي تعرض عليهما الوقائع والقضايا، فينظران في أطرافها، ويطبقان ما يعلمانه، أو يظنانه من الأحكام الشرعية على ما اكتشفاه من الأوصاف المعتبرة في تلك الوقائع [2] .

3- إن القاضي والمفتي كلاهما أجره عظيم، وخطره كبير، فهما ينوبان عن الله- ﷻ - في إصدار الأحكام [3] .

1- يقصد الإمام القرافي بالمفتي : من يقوم ببيان الأحكام بصرف النظر عن كونه مُخَّيراً كالقاضي ، أو مُخبراً كالمفتي ، انظر : القرافي : الفروق (4 / 1183) ، القرافي : الإحكام (ص : 227) .

2- انظر: محمد نعيم ياسين : نظرية الدعوى (ص : 29).

3- انظر: النووي: المجموع(1 / 72)، ابن القيم: إعلام الموقعين (2 / 73) ، القنوجي: ذخر المحتي(ص: 28) وما بعدها.

4- إن أول من قام بالإفتاء والقضاء هو سيدنا محمد - ﷺ -، فكان إفتاؤه عليه – الصلاة والسلام – متضمناً جوامع الكلم، وكان قضاؤه - ﷺ - مشتملاً على فصل الخطاب وفضِّ الخصام [1].

5- ومما يتفقان فيه أنه لا يحل لقاضٍ ولا لمفتٍ تقليد رجل، فلا يحكم ولا يفتي إلا باجتهاده [2] .

6- ومما يتفقان فيه أنه يحرم الحكم والفتيا بالهوى إجماعاً، وبقول أو وجه من غير نظر في الترجيح، ويجب أن يعمل بموجب اعتقاده، فيما له أو عليه [3].

7- ومما يتفقان فيه أنه فَرض لمن نُصب للقضاء أو الإفتاء ما يغنيه عن الاحتراف من بيت مال المسلمين، وذلك لأن القضاء والإفتاء من المصالح العامة [4].

8- إنّ لهما لباساً خاصاً بهما يميزهما عن عامة الناس، وذلك أهيب في حقهما، وأجمل في شكلهما، وأدلَّ على فضلهما، وفي مخالفة ذلك نزولٌ وتبذُّل، فالخلق مجبولون على تعظيم الصُّور الظاهرة، ومتى لم يَعْظُما في نفوس الناس فإنهم لا يُقْبِلون عليهما [5].

1- انظر: ابن قدامة: المغني (14 / 6)، القنوجي: ذخر المحتي(ص : 28)، زيدان: أصول الدعوة(ص: 160).

2- انظر: القرافي: الإحكام(ص: 92)، المرداوي: الإنصاف(11 / 169)، ابن قدامة: المغني(14/ 15، 28).

3- انظر: القرافي: الإحكام(ص: 92)، ابن فرحون: تبصرة الحكام(1 / 52)، المرداوي: الإنصاف(11/ 170)، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 124).

4- انظر: النووي: المجموع(1 / 80)، المرداوي: الإنصاف(11 / 200)، ابن القيم : إعلام الموقعين(6 / 54).

5- انظر : القرافي : الإحكام (ص : 253) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 26) ، المرداوي : الإنصاف (11 / 190).

9- إن لكل من القاضي والمفتي مَجلساً فسيحاً وسط البلد؛ لئلا يبعد على قاصديه [1].

10- ومما يتفقان فيه أنه ينبغي أن لا يفتي ولا يقضي في حال تغير الخُلقُ، وانشغال القلب بما يمنعه من التأمل؛ كغضب، وجوع، وعطشٍ وحزن، وفرح غالب، ونعاسٍ، أو ملل، أو حرٍّ مزعج، أو مرض مؤلم، أو مدافعة حدث، وفي كل حال يُشْغَلُ فيه القلب، ويخرج عن حَدِّ الاعتدال [2].

قال ابن القيم : مَنْ قَصَرَ النهى على الغضب [3] وحده دون الهم المزعج، والخوف المقلق، والجوع، والظمأ الشديد، وشغل القلب المانع من الفهم ، فقد قلَّ فقهه وفهمه [4].

11- ويتفقان أيضاً في أنهما من فروض الكفاية، وقد تعتريهما الأحكام التكليفية الخمسة [5].

12- لا فرق بين القاضي وغيره في جواز الإفتاء بما تجوز الفتيا به، ووجوبها إذا تعينت؛ فالقاضي مفتٍ، ومثبت، ومنفذ لما أفتى به، فإن منصب الفتيا داخل في ضمن منصب القضاء عند الجمهور [6].

1- انظر: الشربيني: مغني المحتاج(6 / 285)، المرداوي : الإنصاف (11 / 191) ، ابن قدامة : المغني(21/14).

2- انظر: النووي: المجموع(1/ 80)، المرداوي: الإنصاف(11/ 197)، القنوجي: ظفر اللاضي(ص: 8، 234)، ابن قدامة : المغني(14 / 19 ، 25) .

3- بما ثبت عن أبي بكر - ﵁ - قال : سمعت النبي - ﷺ - يقول:" لا يقضي حكم بين اثنين وهو غضبان" البخاري: الصحيح (93) كتاب الأحكام، (13) باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان ؟ (ح 7158).

4- ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 151).

5- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام(1 / 14)، النووي: المجموع (1 / 79) ، ابن قدامة: المغني(14 / 6)، الزيباري : مباحث في أحكام الفتوى (ص : 39).

6- انظر : ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139)، القنوجي: ذخر المحتي (ص : 116)، القنوجي : ظفر اللاضي (ص : 111).

13- ومما يتفقان فيه أنه إذا أخطأ القاضي أو المفتي في حكمهما فلا ضمان عليهما[1].

14- ومما يتفقان فيه أنه إذا تغير اجتهاد كل منهما قبل إصدار الحكم؛ فإنه يحكم كل منهما بما تغير اجتهاده إليه، ولا يجوز أن يحكم بالاجتهاد الأول؛ لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل [2].

15- إن المستفتي أو المحكوم له لا تخلصه فتوى المفتي، أو قضاء القاضي من الله تعالى، إذا كان يعلم أن الأمر في الباطن بخلاف ما حكم له به [3] ؛ لما ثبت عن أم سلمة - ﵂ - أن رسول الله - ﷺ - قال : " **إنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها** " [4] .

16- وحقيقٌ بهما أن يكثرا من هذا الدعاء النبوي المرويِّ عن عائشة أم المؤمنين- ﵂ - قالت: كان - ﷺ - **إذا قامَ من الليل افتتح صلاته، فقال :-**

" **اللهم! ربَّ جبرائيل وميكائيل وإسرافيلَ، فاطرَ السماوات والأرض عالم الغيب والشهادة، أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، اهدني لما اخْتُلِفَ فيه من الحقِّ بإذنك؛ إنك تهدى من تشاء إلى صراطٍ مستقيم** " [5].

1- وذلك منوط بأن يكون كل منهما أهلاً لمنصبه ؛ فإن لم يكونا كذلك فعليهما الضمان ، انظر : ابن القيم: إعلام الموقعين (6 / 147).

2- انظر: ابن قدامة : المغني (14 / 36).

3- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 66) ، ابن أبي الدم : أدب القضاء (ص : 116) .

4- البخاري : الصحيح (93) كتاب الأحكام ، (29) باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه ، فإن قضاء الحاكم لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالاً (ح 7181)، مسلم: الصحيح (30) كتاب الأقضية ، (3) باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (ح 4 ، 1713).

5- مسلـــم : الصحيح (6) كتاب صلاة المسافرين وقصرها (26) باب صلاة النبي - ﷺ - ودعائه بالليل، (ح 201 ، 770).

المطلب الثاني

أوجه الافتراق بين القضاء والإفتاء

بالرغم من وشائج الصلة والترابط بين القضاء والإفتاء إلا أنهما يختلفان من وجوه عديدة، أبرزها سبعة عشر، وقد يلحظ القارئ نوعاً من التقارب بين بعض هذه الفروق ،من حيث العموم والشمول في كل من الإفتاء والقضاء، والصحيح أنه عموم وخصوص من وجه دون وجه، وبالجملة فإن مجال الإفتاء أرحب، وشروطه أيسر، بينما القضاء أوجب، **وشروطه أرهب:-**

1- إن مما يتميز به القضاء عن الإفتاء الإلزَام بالحكم.

فالقاضي إذا جلس للقضاء، وأصدر حكمه؛ كان به مُلْزِماً، ولا مناصَ من تنفيذه على من صدر عليه؛ وذلك لأنه مُقَلَّد من السلطان، ونائب عنه، فهو يستمد الولاية منه، وأما المفتي فإنه لا يُلْزِم بفتواه أحداً، وإنما يخبر بها من استفتاه؛ فإن شاء قبل قوله، وإن شاء تركه[1].

2- ومما يختلفان فيه أن القضاء إنشاء لأمرٍ لم يكن موجوداً قبل صدوره[2]؛ ذلك أن القاضي ينشئ الإلزام على الخصم، ويتعين على هذا الخصم فعل ما حكم به، والتعين والإلزام لم يكونا موجودين قبل صدور حكم القاضي، بخلاف المفتي: فإن الواجب عليه إنما هو اتباع الأدلة بعد استقرائها، ويخبر المستفتي بما ظهر له منها، من غير زيادة ولا نقص

1- انظر : القرافي : الفروق (4 / 1183)، القرافي: الإحكام (ص :33 ، 38)، النووي: المجموع(1 / 74)، ابن القيم: إعلام الموقعين (1 /36).

2- الفرق بين الإنشاء والخبر من ثلاثة أوجه :-

أحدها : أن الخبر يدخله التصديق والتكذيب ، والإنشاء لا يدخله ذلك.

ثانيها : أن الخبر تابع لتقرر مخبره في زمانه ، كان ماضياً أو حالاً أو مستقبلاً.

ثالثها : أن الخبر ليس سبباً لمدلوله، ولا يقتضي وقوعه، والإنشاء سبب لمدلوله، ويترتب عليه، مثال ذلك الطلاق لما كان إنشاء ترتب عليه ما دل عليه من زوال العصمة، وتحريم المرأة، ولا يتصور ذلك في الخبر، القرافي: الإحكام (ص : 63).

فليس في عمله إنشاء، فهو إخبار عن حكم الشارع فحسب [1].

3- ومما يتميز به القضاء عن الإفتاء أن القضاء لا يكون إلا بلفظ منطوق، أو حكم مكتوب مسطور، وتكون الفتيا بالقول، أو الفعل، أو الإقرار [2].

4- وبالرغم من أن القضاء والإفتاء يقومان على النظر في الجزئيات، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف لإعمال المعتبر منها، إلا أن طريق هذا الإدراك يختلف فيهما: فبينما نجد المفتي ينظر في الواقعة المعروضة عليه من قبل المستفتي، ويحللها ليستخرج منها الأوصاف المعتبرة، ويطبق عليها الأحكام الشرعية بعد استقراء الأدلة، فإننا نجد القاضي يعتمد على حجج الخصوم من بينةٍ، أو إقرار، أو غيرهما؛ ليكتشف منها ما ينبغى اعتباره من الأوصاف، وتطبيق الحكم الشرعي عليه [3].

5- ومما يفترقان فيه أن القاضَي حكمه جزئي خاص، لا يتعدى إلى غير الخصمين المحكوم عليه وله، بينما فتوى المفتي تكون شريعة عامة، تتعلق بالمستفتي وغيره، فإن المفتي يفتي حكماً عاماً كلياً؛ فمن فعل كذا ترتبَ عليه كذا، ومن قال كذا لزمه كذا، والقاضي يقضي قضاء معيناً على شخص معين، فقضاؤه خاص ملزم، وفتوى العالم عامة غير ملزمة[4].

6- ومما يفترق فيه القاضي عن المفتي أنه يحتاج لكي ينجح في إصابة الحق إلى كثير من الصفات التي قد لا يحتاجها المفتي من فراسة عظيمة، ويقظة وافرة، وقريحة باهرة، وخبرة واسعة؛ لأن المفتي يأتيه المستفتي بقلب أسلم، ونية أصفى من الخصوم، حينما يأتون إلى القاضي، وكثيراً ما يتعمدون إخفاء الواقع، وتمويه الحجج، فطريق القاضي في اكتشاف ما ينبغي اعتباره من الأوصاف أصعب من طريق المفتي،

---

1 - القرافي : الإحكام (ص : 33)، محمد الأشقر : الفتيا (ص : 15).

2- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 28) ، الشاطبي : الموافقات (5 / 258).

3- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 80) ، محمد نعيم ياسين : نظرية الدعوى (ص : 30).

4- انظر : المرداوي : الإنصاف (11/ 186)، ابن القيم : إعلام الموقعين (1 /38) .

ولذلك احتاج إلى تلك الصفات دون المفتي [1] .

7- بناء على تميز القضاء عن الإفتاء بالإلزام فإن بعض العلماء يرى أن القضاء خطره أشد من الإفتاء، لما جاء في القاضي من الوعيد والتخويف ما لم يأتِ نظيره في المفتي، ولما له من إلزام.

إلا أن الأمر غير ذلك؛ فكل خطر على القاضي فهو على المفتي، وعليه من زيادة الخطر ما يختص به، فمما يفترقان فيه أن خطر المفتي أعظم وأشد من قضاء القاضي؛ فإن فتواه شريعة عامة، تتعلق بالمستفتي وغيره، وأما حكم الحاكم فهو جزئي خاص، لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله [2].

فالقاضي أهون مأثماً، وأقرب إلى السلامة من المفتي؛ لأن الأخير من شأنه إصدار ما يرد عليه من ساعته بما حضره من القول، والقاضي شأنه الأناة ، والتثبت بالنظر في البيِّنات والحجج المقدمة له، ومن تأنَّى وتثبت تهيأ له من الصواب ما لا يتهيأ لصاحب البديهة [3].

8- إن مجال القضاء أضيق من مجال الإفتاء؛ لأن القضاء لا يكون إلا في الواجب، والحرام، والمباح، ولا يكون في المستحب والمكروه؛ وذلك لأن القضاء إلزام، ولا إلزام فيهما[4].

9- إن القضاء أعم من الإفتاء: فمن تصرفات الحكام الفتاوى في الأحكام في العبادات وغيرها، وليس ذلك بحكم، وليس للمفتي أن يقضي، لأن القضاء إلزام،

1- انظر : ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 24) ، محمد نعيم ياسين : نظرية الدعوى (ص : 30).

2- وعلاوة على ذلك؛ فإن حكم القاضي يصدر بعد تريث وتمهل ونظر في الأدلة والبراهين، والقاضي عندنا مقيد بقوانين " المذهب الحنفي " ، وإن أخطأ في حكمه فهناك الاستئناف؛ وأما المفتي فإنه يفتي بفتوى عامة غير مقيد بمذهب معين .

انظر : ابن القيم : إعلام الموقعين (2 / 72)، محمد نعيم ياسين : نظرية الدعوى (ص : 31).

3- انظر: محمد أبو فارس : القضاء في الإسلام (ص : 17) ، زيدان : أصول الدعوة (ص : 172).

4- انظر: القرافي : الإحكام (ص : 69)، الحفناوي : تبصير النجباء (ص : 325).

وذلك من صلاحيات القاضي [1]؛ فالقاضي يمكن أن يكون مفتياً بخلاف المفتي؛ إذ لا يكون قاضياً، فيكون القضاء أشمل نطاقاً.

10- ومما يفترق فيه القضاء عن الإفتاء أن الإفتاء جائز لمن لا تقبل له شهادته؛ كأن يفتي لأبيه أو أمه أو زوجته أو شريكه؛ لأن القصد من الإفتاء بيان الحكم الشرعى فقط، وليس فيه إلزام .

بخلاف القضاء فلا يجوز أن يحكم لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له من قرابته [2] .

11- إن مجال مزاولة الفتيا أوسع من أفراد الحكم والشهادة، فيجوز فتيا العبد والحر، والمرأة والرجل، والقريب والبعيد، والأجنبي، والأمي، والقارئ والأخرس بكتابته؛ بخلاف القضاء فإنه يشترط فيه الحرية والذكورة عند جمهور الفقهاء [3].

12- ومن الفروق بين القضاء والإفتاء: أن الفتيا تقبل النسخ [4]، والحكم لا يقبله ؛ بل يقبل النقض عند ظهور بطلان ما رُتب عليه الحكم، والفتيا لا تقبله، فصار من خصائص الحكم، النقض، ومن خصائص الفتيا، النسخ [5].

13- ومن هذه الفروق أن الفتوى في جزئية خلافية لا ترفع الخلاف بين الفقهاء ، فإذا أفتى مفتٍ شافعي مثلا بأن الطلاق في قول القائل: **(إنْ تزوجتك فأنت طالق)** لا يقع إذا تزوجها؛ لأنه قبل ملك العصمة، فللمفتي المالكي أن يقول بوقوعه إذا هو تزوجها.

1- انظر : القرافي : الإحكام (ص : 180) وما بعدها ، النووي : المجموع (1 / 74) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 141) ، القنوجي : ذخر المحتي (ص : 116) .

2- السمر قندي : تحفه الفقهاء (3 / 371) ، النووي: المجموع(1 / 74)، المرداوي: الإنصاف(11 / 203)، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 121) ، القنوجي : ذخر المحتي (ص : 103).

3- انظر : النووي : المجموع (1 / 74)، إعلام الموقعين : ابن القيم (6 / 138)، محمد أبا فارس : القضاء في الإسلام (ص : 18) ، القنوجي : ظفر اللاضي (ص : 215).

4- النسخ : هو إبطال العمل بالحكم الشرعي بدليل متراخٍ عنه، يدل على إبطاله صراحة أو ضمناً، إبطالاً كلياً أو جزئيا لمصلحة اقتضته، خلاَّف : علم أصول الفقه (ص : 255).

5- انظر: القرافي : الإحكام (ص : 103 ، 133).

أما إذا قضى القاضي بوقوع الطلاق أو عدمه؛ فلا يحل لقاضٍ آخر أن ينقض حكمه، وإلا اضطربت الأمور، ولم يحسم النـــزاع، والشارع الحكيم يعول تعويلاً تاماً على فَضِّ المنازعات والخصومات بين الناس [1].

14- ومن هذه الفروق أن المفتي يفتي بالديانة – أي على باطن الأمر ، ويدين المستفتي، والقاضي يقضي على الظاهر، **قال ابن عابدين:** مثاله إذا قال رجل للمفتي: قلت لزوجتي: أنت طالق قاصداً الإخبار كاذباً فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع، أما القاضي فإنه يحكم عليه بالوقوع [2].

15- إن المجتهد إذا كان حاكماً فهو يفتي باجتهاده، ويحكم باجتهاده، فالإخباران صادران عن اجتهاد، فما الفرق بينهما لا سيما في واقعة لم تتقدم فيها فتيا ولا حكم؟.

إن الفرق بين الحالتين أنه في الفتيا يخبر عن مقتضى الدليل الراجح عنده، فهو كالمترجم عن الله تعالى فيما وجده في الأدلة، وهو في الحكم ينشئ إلزاماً أو إطلاقاً للمحكوم عليه، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح والسبب الواقع في تلك القضية الواقعة [3].

16- إن الفتيا تكون في مسائل فردية أو أكثرها في النطاق الفردي، أما القضاء فإنه لا يكون إلا في الخصومات والمنازعات.

17- إن القاضي إذا حكم بما يخالف فتوى المفتي فإنه ينفذ حكمه بخلاف فتوى المفتي فإنها لا تنقض حكم القاضي [4] .

وأختم هذا المبحث بهذا المثل للحاكم والمفتي مع الله تعالى، ولله المثل الأعلى، ولعله يحصل التأنيس به والإيضاح، كما ذكره الإمام القرافي- رحمه الله - [5]، حيث يقول: مثال

1- القرافي : الفروق (4 / 1181) ، القرافي : الإحكام (ص : 80)، المرداوي : الإنصاف(11 / 210).
2- ابن عابدين : رد المحتار (4 / 306) .
3-انظر: القرافي : الإحكام (ص : 97) .
4- انظر: أحمد سحنون : رسالة القضاء لأمير المومنين عمر بن الخطاب - ﷺ - ، (ص : 89 ، 90) .
5- القرافي : الإحكام (ص : 43) وما بعدها.

الحاكم والمفتي مع الله - ﷻ -.

مثال قاضي القضاة يولّي شخصين، أحدهما نائبه في الحكم، والآخر ترجمان بينه وبين الأعاجم، فالترجمان يجب عليه اتباع تلك الحروف والكلمات الصادرة عن الحاكم، ويخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقص.

فهذا هو المفتي يجب عليه اتباع الأدلة بعد استقرائها ، ويخبر الخلائق بما ظهر له منها، من غير زيادة ولا نقص؛ إن كان المفتي مجتهداً، وإن كان مقلداً — كما في زماننا — فهو نائب عن المجتهد في نقل ما يخص إمامه لمن يستفتيه، فهو كلسان إمامه، والمترجم عن جنانه.

ونائب الحاكم في الحكم ينشئ من إلزام الناس، وإبطال الإلزام عنهم، ما لم يقرره مستنيبهُ الذي هو القاضي الأصلي؛ بل فوَّض ذلك لنائبه، فهو متبع لمستنيبه من وجه[1]، وغير متبع له **من وجه** :-

متبع له في أنه فوَّض له ذلك، وقد امتثل، وغير متبع له في أن الذي صدر منه من الإلزام لم يتقدم مثله في هذه الواقعة من مستنيبه؛ بل هو أصل فيه.

فهذا مثال الحاكم مع الله تعالى، هو ممتثل لأمر الله تعالى في كونه فوَّض إليه ذلك، فيفعله بشروطه، وهو منشئ؛ لأن الذى حكم به تعين، وتعينه لم يكن مقرراً في الشريعة، وليس إنشاؤه لأجل الأدلة التي تعتمد في الفتاوى؛ لأن الأدلة يجب فيها اتباع الراجح.

وهاهنا له أن يحكم بأحد القولين المستويين على غير ترجيح، ولا معرفة بأدلة القولين إجماعاً ؛ بل الحاكم يتبع الحجاج ، **والمفتي يتبع الأدلة** ، **والأدلة** : الكتاب والسنة ونحوهما، **والحجاج** : البينة ، والإقرار ونحوهما.

1- ليس مقصود الإمام القرافي أن القاضي يحدث في الشرع ما لم يأذن به الله ، وإنما المقصود أنه ينشئ الإلزام للشخص المعين " المقضي عليه " بما علم ، أو غلب على ظنه ، أن شرع الله يقتضيه ، ولم يكن الحكم لازماً للمحكوم عليه قبل نطق القاضي، بل لزمه بنطق القاضي به ، فهذا معنى الإنشاء في الحكم القضائي : انظر : محمد الأشقر: الفتيا (ص : 17).

فهذا مثال الحاكم والمفتي مع الله تعالى: وليس له أن ينشئ حكماً بالهوى، واتباع الشهوات؛ بل لا بد من أن يكون ذلك القول الذى حكم به قال به إمام؛ لدليل معتبر، كما أن نائب الحاكم ليس له ان يحكم بالتشهي عن مستنيبه.



المبحث الثاني
القاضي والفتوى

لم يزل أمر السلف والخلف على جواز الإفتاء بما يجوز الإفتاء به؛ فإن منصب الإفتاء داخل في منصب القضاء عند الجمهور، فالقاضي مفتٍ ومثبتٍ، ومنفذ لما أفتى به [1]، ويؤيد ذلك فعل النبى - ﷺ -، والخلفاء الراشدين - ﷺ -؛ إذْ إنهم كانوا يفصلون الخصومات، ويفتون في الحوادث من غير تفريق بين المعاملات والعبادات، أو مجلس القضاء وغيره [2] .

ولما تقدم الزمان، واتسعت رقعة الإسلام، وتعددت مهامُّ الدولة الإسلامية، لُوحِظَ التفريق بين القضاء والإفتاء، وأنه يجب على الإمام أن يُوَلِّي في كل مسافة عدوى قاضياً، كما يجب عليه أن يجعل في كل مسافة قصر مفتياً [3]، **وسوف أبحث ما يتعلق بفتوى القاضي فى المطلبين التاليين :-**

المطلب الأول
فتوى القاضي

يتبادر لذهن من تكلم عن القضاء والإفتاء سؤال مهم : هل يجوز للقاضي إذا تولـــىٰ القضاء أن يفتي حال ولايته القضاء؟ وهل تعامل فتواه معاملة الأحكام؟.

هذا ما أتناوله في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول: منع القاضي من الإفتاء:-

1- انظر : النووي : المجموع (1 / 74)، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139).
2- انظر: السرخسي : المبسوط (16 / 86).
3- انظر: الشربيني : مغني المحتاج (6 / 259).

لا خلاف بين الفقهاء في أن للقاضي أن يفتي في العبادات ونحوها، مما لا دخل فيه للقضاء والأحكام؛ كأحكام الصلاة، والذبائح، والأضاحي، ونحوها.

واختلف الفقهاء في فتوى القاضي في الأحكام، وما من شأنه أن يخاصم فيه؛ كالبيع، والشفعة [1]، وأحكام الزواج والطلاق، ونحوها، **وذلك على أربعة مذاهب :-**

المذهب الأول : ذهب الشافعية في وجه – وصححه النووى -، والحنابلة في قول – وصححه ابن القيم – إلى أن للقاضي أن يفتي بلا كراهة [2] .

المذهب الثاني : وذهب المالكية، وهو قول للحنفية، وحكاه ابن المنذر، إلى أنه يكره للقاضي الإفتاء فى الأحكام [3] .

وكان سحنون – رحمه الله – إذا أتاه رجل يسأله عن مسألة من مسائل الأحكام: لم يجبه، **وقال:** هذه مسألة خصومة [4].

المذهب الثالث : ونسبه ابن الصلاح لأبى حامد الإسفراييني [5] وهو وجه عند الشافعية والحنابلة: أنه لا يجوز مطلقاً للقاضي أن يفتي في الأحكام.

وقال شريح : أنا أقضى ولا أفتي [6] .

1- الشُّفُعَة: اسم للعقار المشفوع، وهى تملك الجار أو الشريك العقار المباع جبراً عن مشتريه بالثمن الذى تمَّ عليه العقد، قلعه جي : معجم لغة الفقهاء (ص : 264).

2- انظر : النووي : المجموع (1 / 74) ، الرافعي : العزيز شرح الوجيز (12 / 428) ،ابن القيم : إعلام الموقعين(6 / 140)، المرداوي: الإنصاف(11 / 178)، القنوجي:ذخر المحتي (ص : 116).

3- انظر: الخرشي : حاشية (7 / 497) ، الحطاب : مواهب الجليل (6 / 224) ، السروجي : كتاب أدب القضاء(ص : 103) ابن عابدين : رد المحتار (8 / 31) ، ابن قدامة : المغني (14 / 122)، جميل الدين: الفتوي في الإسلام(ص:63).

4- ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 103).

5- هو : أحمد بن محمد بن أحمد إمام ببغداد شُغل بالعلم، حتى صار بحيث انتهت إليه رئاسة الدين والدنيا ، له كتاب مطول في أصول الفقه ، ومختصر في الفقه سماه " الرونق " انظر: الخطيب البغدادي : تاريخ بغداد (4 / 368).

6- انظر: النووي: المجموع(1 / 75)، ابن القيم: إعلام الموقعين(6/ 140)، المرداوي: الإنصاف(11 / 178)، ابن الصلاح : أدب الفتوي (ص : 58).

المذهب الرابع : للحنفية في الصحيح عندهم، حيث ذهبوا إلى التفصيل فى أن للقاضي أن يفتي فى مجلس القضاء وغيره، فى العبادات والأحكام وغيرها، ما لم يكن للمستفتي خصومة، فإذا كان له خصومة فليس للقاضي أن يفتيه فيها [1].

الأدلة: -

يظهر لي أن الأدلة التي استدل بها الفقهاء كلُّها عقلية، **وهى كما يلى :-**

(أ) أدلة الفريق الأول القائل بجواز فتوى القاضي بلا كراهه :-

1- إنه لم يزل أمر السلف والخلف على هذا؛ فإن منصب الفتيا داخل فى ضمن منصب القضاء عند الجمهور [2] وهذا ما ثبت عن النبى - ﷺ -، والخلفاء الراشدين من بعده؛ أنهم كانوا يفصلون الخصومات، ويفتون فى الحوادث، من غير تفريق بين المعاملات والعبادات، فى مجلس القضاء وغيرها [3].

2- إن شروط المفتي أقل تشدداً مما يشترط فى القاضي، فيكون أهلاً للفتوى من باب أولـــى [4].

(ب) أدلة الفريق الثاني القائل بكراهة الإفتاء للقاضي فى الأحكام :-

1- إن فتوى القاضي تصير كالحكم منه على الخصوم،ولا يمكن نقضه وقت المحاكمة.

2- إنه قد يتغير اجتهاده وقت الحكومة، أو تظهر له قرائن لم تظهر له عند الإفتاء؛ فإنْ أصرَّ على فتياه، والحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد صحته، وإن حكم بخلافها ذهب الخصم إلى تهمته، والتشنيع عليه؛ بأنه يحكم بخلاف ما يعتقده ويفتي به.

3- إن الخصم إذا عرف مذهب القاضي وفتواه تحيَّل إلى الوصول إليه إن وافقه، أو

1- انظر : ابن عابدين : رد المحتار (8 / 31) ، السرخسي : المبسوط (16 / 86)، الطرابلسي: معين الحكام (ص : 19) .

2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139).

3- انظر: السرخسي : المبسوط (16 / 86).

4- انظر: ابن الصلاح : أدب الفتوى (ص : 58).

الانتقال عنه إن خالفه، فيكون ذلك إعانة للخصوم على الفجور [1]، والتمادي فى ظلم الآخرين.

(ج) أدلة الفريق الثالث القائل بعدم جواز الإفتاء للقاضي فى الأحكام مطلقاً:-

وقد استدلوا بما استدل به الفريق الثانى القائل بكراهة الإفتاء للقاضي فى مسائل الأحكام، وحملوا هذه الأدلة على التحريم والمنع مطلقاً لا الكراهة.

(د) أدلة الفريق الرابع القائل بالتفصيل فى فتوى القاضي بين أن يكون للمستفتي خصومة أو لا يكون :-

وقد استدلوا بما استدل به المجيزون من القول الأول فى أن القاضي يفتي الخصم فى مجلس القضاء وغيره، فى العبادات والأحكام وغيرها، مما ليس للمستفتي فيه خصومة؛ لعدم التهمة؛ فإن كان له خصومة فليس للقاضي أن يفتيه.

واستدلوا كذلك بما استدل به الفريق الثانى القائل بكراهة فتوى القاضي لوجود التهمه.

المناقشة :-

(أ) مناقشة أدلة الفريق الأول :-

1- **قولهم** : إن النبى - ﷺ -، وصحابتَه الكرام من الخلفاء الراشدين، كانوا يفصلون فى الخصومات، ويفتون فى الحوادث من غير تفريق، فيردُّ عليهم بأن النبى - ﷺ -وصحابته الكرام ليسوا موضع تهمة، فهم خير القرون، وقد عاصروا عهد النبوة، وبلغوا رتبة الاجتهاد.

لكن لما تباعدت الأزمان، وكثرت الفتن، تغيرَّ الحال، فصار القضاة موضع تهمة، ومدخل شبهة، فَنُهُوا عن الإفتاء فى الأحكام؛ لأنهم لم يبلغوا رتبة الاجتهاد، فهم ليسوا أهلاً لذلك.

1 - انظر : الخرشي : حاشية (7 / 496)، السرخسي : المبسوط (16 / 85 ، 86)، ابن عابدين : رد المحتار (8 / 31) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 140).

2- **وأما قولهم :** إن شروط المفتي أقل تشدداً مما يشترط فى القاضي، فيجوز له الإفتاء، **فيمكن أن يرد** بأن مسؤولية القضاء مهمة وخطيرة، فالاشتغال بالإفتاء مع هذه المسؤولية يخل بالقيام بمسؤوليات القضاء.

(ب) مناقشة أدلة الفريق الثانى:-

1- **إن قولهم:** إن فتوى القاضي تصير كالحكم يرد عليه بأنه لا يسلم لكم ؛ ذلك لأن الفتوى غير الحكم.

2- **وأما قولهم :** أنه قد يتغير اجتهاده وقت الحكومة، فيتغير حكمه عن فتواه ، يناقش بأن هذا لا مانع منه، فربما يحكم القاضي فى مسألة، فيتغير اجتهاده، فيحكم خلاف ما قضى به، كما أثر عن عمر- رضي الله عنه -أنه قال: **" تلك على ما قضيناه، وهذه على ما قضينا"**[1].

3- **وأما قولهم :** إن الخصم إذا عرف مذهب القاضي تحيَّل إلى الوصول إليه، أو الانتقال عنه؛ **فيرد عليه** بأن الخصم إذا جاء إلى القاضي؛ فإن القاضي يحضر خصمه؛ وإن رفض المجيءَ؛ فإنه يُلْزِمُه بالحضور، وتتم القضية، ويصدر القاضي حكمه بعد ذلك.

4- إن الأصل حمل المنع على التحريم والمنع مطلقاً، لا الكراهة .

(ج) مناقشة أدلة الفريق الثالث :-

يرد عليهم بما رُدَّ به على الفريق الثانى من أن أحكام القضاة قد تتغير حسب القرائن والبراهين، ويمكن مناقشتهم في حملهم المنع على التحريم والمنع مطلقاً، بأن الأولى حمل المنع على الكراهة، لا المنع مطلقاً؛ لأن الأصل في القاضي الفطنة والذكاء وعدم التهمة، وإنما كره ذلك؛ لأنه مدعاة للتقول عليه.

(د) مناقشة أدلة الفريق الرابع :-

1- يرد عليها بما رُدَّ به على الفريق الأول القائل بالجواز.

1- سبق تخريجه (ص : 127) من الرسالة.



2- وكذلك يرد عليهم فى تفصيلهم بين من له خصومة عند القاضي، ومن ليس له خصومة؛ بأنه لم يثبت عن أحد فعل ذلك، بأن كان يفتي فى مسائل، ويتحرز عن الفتوى فى مسائل أخرى؛ بدعوى الخصومة، **إنما الثابت عن شريح أنه قال:** إنما أقضي لكم ولا أفتي، فليس هناك أيٌّ تفصيل.

الترجيح :-

بعد استعراض الأقوال وأدلتها، ثم مناقشتها، فإنني أميل— والعلم عند الله تعالى — إلى ما ذهب إليه الفريق الثالث؛ وهو أنه لا يفتي القاضي مطلقاً فى الأحكام في مجلس القضاء، **وذلك لما يلي:**

1- إن أمانة القضاء مهمة عظيمة، ومسؤليات القاضي جسيمة، وإن قضاة اليوم لم يبلغوا رتبة الاجتهاد [1].

2- إن القيام بمسؤولية الإفتاء مع مسؤليات القضاء يضرّ بالمنصبين، وإن إلقاء مسؤوليتين عظيمتين على شخص واحد شئ لا تحمد عقباه، ولربما كانت هذه النظرة هي الباعث للفقهاء على أن يشيروا أن القضاء غير الإفتاء، **ومن ذلك قول الإمام الشربيني:**

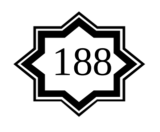
" إنه يجب على الإمام أن يولي في كل مسافة عدوى قاضياً، كما يجب عليه أن يجعل في كل مسافة قصر مفتياً " [2].

3- نظراً لضعف الوازع الديني فإن الناس فى هذا العصر يستفتون أولاً، ثم يرفعون الخصومة إلى القاضي فى ضوء ما أفتى به؛ لأنه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك؛ فإنه حينئذٍ يرتب القضية فى ضوء ما عرفه من رأي القاضي [3]، فمنع القضاة من الإفتاء في مسائل الأحكام سداً للذريعة.

1- انظر: الأهدل : عمدة المفتي والمستفتي (4 / 163).

2- انظر: الشربيني : مغني المحتاج (6/ 259).

3- انظر: القاسمي : النظام القضائي الإسلامي (ص : 143).



موقف القانون :-

نصَّ قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه يجوز ردُّ القضاة عن الحكم فى القضايا بعدة أسبابٍ **فى المادة (121)؛ منها** [1] **: " إذا أبدى القاضي لأحد الخصوم رأيه فى القضية".**

وهذا يوافق ما مِلْتُ إلى ترجيحه من أنه لا يجوز للقاضي أن يفتي، أو يبدي رأيه فى مسألة تتعلق بالأحكام مطلقاً؛ فإن فعل ذلك فإنه يجب عليه أن يخبر بذلك محكمة الاستئناف الشرعية، وهى تقرر لزوم امتناعه عن البتِّ في الدعوى أو عدمه.

الفرع الثانى : هل فتوى القاضي حكمٌ منه لا يجوز نقضه :-

إن فتيا الحاكم ليست حكماً منه، ولو حكم غيره بخلاف ما أفتى به لم يكن نقضاً لحكمه، ولا هي كالحكم، ولهذا يجوز أن يفتي للحاضر والغائب، ولمن يجوز حكمه له ومن لا يجوز [2] .

فالنقض لا يكون إلا لمن يكون له الإبرام، فيما يكون فيه النقض، وإنشاء الحكم فى مواضع الخلاف إنما هو للحكام، فكذلك النقض والفسخ إنما هو لهم [3].

وكذلك فإن الفتوىٰ مما يقبل النسخ، أما الحكم فلا يقبله، بل يقبل النقض عند ظهور بطلان ما رُتِّب عليه الحكم، والفتيا لا تقبله [4].

فإذا أفتىٰ القاضي فى مسألة ما فى جزئية خلافية لا ترفع الخلاف بين الفقهاء ، ففتواه مما يقبل النسخ، أما إذا قضىٰ القاضي فى مسألة ما فلا يحل لقاضٍ آخرَ أن ينقض حكمه، وإلا اضطربت الأمور، ولم يحسم النـــزاع، والشارع الحكيم يعول تعويلاً تاماً على فضِّ المنازعات والخصومات بين الناس [5] .

1- سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية (10 / 141) أصول المحاكمات الشرعية مادة (121)

2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139) .

3- انظر: القرافي : الإحكام (1 / 133).

4- انظر : الفرق بين القضاء والإفتاء ، فرق (12) (ص : 181) من الرسالة.

5- انظر: القرافي: الفروق(4 / 1181)،القرافي: الإحكام(ص : 80 ، 103)، المرداوي: الإنصاف (11/ 210).

المطلب الثاني

أمثلة على تصرفات القاضي التى ليست بأحكام، وهي تعامل معاملة الفتوى

بعد التعرف على حكم فتوى القاضي أذكر أمثلة على تصرفات للقاضي، لا تعامل معاملة الأحكام[1]، تلك التي التبس على كثير من الناس أمرُها: **هل هي أحكام للقاضي أم لا؟** حيث إن الأحكام لا يجوز نقضها، وغيرها يجوز نسخها ومخالفتها ، **ومن هذه الأمثلة ما يلي** [2] :-

1- **تصرفات القاضي بأن يفتي فى الأحكام؛** كالعبادات وغيرها من تحريم الأبضاع وإباحة الانتفاع، وطهارات المياه، ونجاسات الأعيان، ووجوب الجهاد، وغيره من الواجبات.

فإن هذه الأمور ليست بحكم، بل لمن لا يعتقد ذلك أن يفتي بخلاف ما أفتى به القاضي.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا أمر القاضي بالمعروف، أو نهى عن المنكر، وهو يعتقد ذلك منكراً أو معروفاً، أن لغيره ممن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثل فعله، إلا أن يدعوه الإمام " **الحاكم** " لذلك، وتكون مخالفته شقاقاً، فتجب الطاعة لذلك.

2- **ومن أمثلة تلك التصرفات فى العقود** [3] ، كالبيع،

1- انظر: ابن خليقة: موسوعة فتاوى النبي- ﷺ - كتاب من أربعة أجزاء فى مجلدين يضم فتاوى النبى- ﷺ-، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

2- انظر : الطرابلسي : معين الحكام (ص : 38 ، 39) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 80 ، 81)، القرافي: الإحكام (ص : 180 ،181 ، 182).

3- العقود : جمع عَقْد ، وهو اتفاق بين طرفين ، يلتزم فيه كل منهما تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ، ولا بدّ فيه من إيجاب وقبول . انظر : قلعه جي : معجم لغة الفقهاء (ص : 317) .

والشراء فى أموال الأيتام [1] والغائبين والمجانين، وعقد النكاح على من بلغ من الأيتام.

ويظهر لي أن هذه التصرفات تأخذ منحيين :-

الأول : إنها ليست حكماً، وأن لغير القضاة النظر فيها، فإن وجدها بالثمن البخس، أو بدون أجرة المثل، أو وجد المرأة مع غير الكفْء؛ فله نقض ذلك وفسخه، وحمله على الأوضاع الشرعية.

الثاني : إنها قد تكون أحكاماً، وذلك بأن تتوقف هذه التصرفات على إبطال تصرفات متقدمة على هذه التصرفات الواقعة من القاضي الآن؛ كبيع العين من رجل بعد أن بيعت من رجل آخر، والقاضي يعلم ذلك.

فإن ثبوت هذه التصرفات بهذه العقود يقتضي فسخ تلك العقود السابقة ظاهراً .

3- **ومن هذه الأمور التي لا تأخذ حكم الأحكام، إثبات أسباب الأحكام الشرعية،** نحو الزوال، ورؤية الهلال فى رمضان [2]، وشوال، وذي الحجة، مما يترتب عليه الصوم، أو وجوب الفطر، أو فِعلَ النّسُك، وجميع أوقات الصلوات، ونحو ذلك.

فإن جميع إثبات ذلك ليس بحكم : بل هو كإثبات الصفات، فللمالكي أن لا يصوم فى رمضان إذا أثبت الشافعي هلال رمضان بشاهد واحد [3]؛ لأنه ليس بحكم، وإنما هو

1- إن مما تشكر عليه المحاكم الشرعية اليوم هو الاهتمام بأموال الأيتام ، حيث قاموا بمشروع " صندوق كفالة مال اليتيم ".

2- لقد صدر قرار رئيس السلطة الفلسطينية والذي ينص على ما ياتي : " تكون صلاحية إثبات أهلة الشهور القمرية ، والإعلان عنها من المسجد الأقصى لدار الفتوى والبحوث الإسلامية " . انظر : قرار بشأن صلاحية إثبات أهلة الشهور القمرية والإعلان عنها سنه 2003م .

3- انظر: ابن جزي : القوانين الفقهية(ص : 115)، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته(3 / 1652).

إثبات سبب؛ فمن لم يكن ذلك عنده سبباً لا يلزمه أن يرتب عليه حكماً [1].

4- **ومن هذه التصرفات إثبات الصفات**[2]، نحو ثبوت العدالة[3] عند حاكم أو الجرح[4]، أو أهلية الإمامة للصلاة، أو أهلية الحضانة ... ونحوها.

فإن إثبات هذه الصفات من هذا النوع ليس حكماً، ولغير القاضي أن لا يقبل ذلك، ويعتقد فسقه إن ثبت عنده سببه، ويقبل ذلك المجروح إن ثبت عنده عدالته، فجميع هذه الصفات ليست بحكم ألبتة.

وأختم هذا المطلب بهذا الحديث الذى اختلف العلماء فيه: هل يحمل على أنه حكم أو يعامل معاملة الإفتاء ؟.

عن عائشة - ﵂ - أن هنداً بنت عتبة **قالت: " يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وبنيَّ، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فهل عليَّ فى**

1- ذكر الإمام القرافي الفرق بين أدلة مشروعية الأحكام ، وبين أدلة وقوع الأحكام بما خلاصته: حيث إن أدلة مشروعية الأحكام محصورة شرعاً، وتتوقف على الشارع، مثل الكتاب والسنة والقياس والإجماع ....ونحو ذلك ، مما قرر فى أصول الفقه، وهى نحو العشرين، يتوقف كل واحد منها على مدرك شرعي يدل على أن الدليل نصبه صاحب الشرع لاستنباط الأحكام .

وأدلة وقوع الأحكام هى الأدلة الدالة على وقوع الأحكام ؛ أي وقوع أسبابها ، وحصول شروطها ، وانتفاء موانعها ، وهى غير منحصرة، فالزوال مثلاً : دليل مشروعية سببٌ لوجوب صلاة الظهر عند قوله تعالى : ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾ ، فكل الأسباب والشروط والموانع لا تتوقف على نصب من جهة الشرع ؛ بل التوقف بسببية السبب، وشرطية الشرط ، ومانعية المانع .

وفائدة هذا أن الأدلة يعتمد عليها المجتهدون ، والأسباب يعتمد عليها المكلفون ؛ كالزوال ، ورؤية الهلال ، ونحوها . انظر : القرافي : الفروق (1 / 128 ، 129) فى الفرق (16) .

2- الصِّفات : جمع صِفَة بمعنى النعت : وهي الأمارات اللازمة بذات الشئ التي يعُرف بها . قلعة جي : معجم لغة الفقهاء (ص : 274) .

3- العَدالة : صفة فى الإنسان تحمله على اجتناب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر وتجنب ما فيه خِسَّة من التصرفات ، فإن أتى شئياً من ذلك فليس بعدل . قلعة جى : معجم لغة الفقهاء (ص : 306) .

4- الجَرح : جَرح الشاهد ، وهو الطعن فيه بما يَرُدُّ شهادته. قلعة جى: معجم لغة الفقهاء (ص : 162).

ذلك جناح؟ فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " [1] **.**

فقد ذهب جماعة من العلماء إلى أن هذا الحديث هو تصرف من النبى- ﷺ -بالفتيا[2] لأنه غالب أحواله– عليه الصلاة والسلام -، ومن قال بذلك أجاز لكل امرأة قصَّر زوجها عليها فى النفقة أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بدون إذنه، وكذلك من ظفر بحقه أو بجنسه أن يأخذه بدون علم خصمه، ولا مسؤولية عليه فى ذلك [3] .

وذهب الآخرون إلى أن هذا الحديث من باب القضاء؛ لذلك فلا يجوز لأيِّ امرأة قصر زوجها فى النفقة أن تأخذ شيئاً إلا بحكم حاكم، وكذلك لا يجوز لأحد أن يأخذ حقه، أو جنسه؛ إذا تعذر أخذه برضى الغريم إلا بحكم قاضٍ [4].

والذى يترجح لي هو أن هذه القضية ليس فيها إلا الفُتيا؛ لأن هذا هو الغالب من حال النبى - ﷺ - ولأن أبا سفيان كان حاضراً فى البلد، والقضاء لا يتأتى على حاضر فى البلد قبل إعلامه؛ فإن النبى - ﷺ - لم يحضر أبا سفيان، وكان موجوداً فى مكة، والحكم على الغائب عن مجلس القضاء الحاضر فى البلد لا يجوز باتفاق الفقهاء [5].

موقف القانون :-

إن القانون القائم على المذهب الحنفي فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة عمل على تقييد القضاة فى اختصاصهم، فلا يجوز لهم الخروج عما هو موجود عندهم، ومن فعل ذلك ردَّ حكمه، واستؤنف؛ فإن هذه الأمثلة السابقة الذكر خارجة عن دائرة المحاكم

1- البخاري : الصحيح (69) كتاب النفقات(9) باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (ح 5364)، مسلم : الصحيح(30) كتاب الأقضية(4) باب قضية هند (ح 7 ، 1714) .

2- فى هذا الحديث فوائد جمة،ذكرها الفقهاء،وعدَّ منها الأسيوطي ست عشرة فى جواهر العقود(2/170،171)، فليعد إليها من أراد الاستزادة .

3- انظر : الخرشي : شرح مختصر خليل (7 / 235).

4- القرافي : الإحكام (ص : 112 ، 113).

5- انظر : القرافي : الإحكام (ص : 113)، محمد أبا فارس: القضاء فى الإسلام (ص : 151).

الشرعية؛ فقد نص على ذلك قانون أصول المحاكمات الشرعية فيما هو من اختصاص القاضي [1].

إن هذا الأمر مروع ومخيف وهو أن يقف القاضى إذا لم يجد قانوناً أمامه يحكم به؛ ومصداق ذلك ما حدث من أن رجلاً تزوج بامرأة مجنونة؛ حيث غرر به، وخدع من قِبل أهلها، وقد قام القاضي بعقد هذا القران بين الزوجين مما يدل على التغرير بالقاضي، واستهانة الناس بهذا المنصب الجليل؛ فماذا يلزم هذا الزوج تجاه هذه الزوجة، وقد عُرض ذلك على القضاة، **فقالوا : " هذا أمر غير موجود فى نصوص القانون "** [2].

أين نحن من الاجتهاد والنظر فى المعضلات ؟!، أليس هذا خداعاً مقصوداً، فقد غرر بالزوج، وكذلك بالقاضي؟**!**، ألا يجوز الرد بالعيب، ولها ما استحل من فرجها؟**!** أليس أقل ما يقال أن يعزر من قصد فعل ذلك؟**!**؛ إلى الله المشتكى**!**.

1- انظر : الاختصاص الموضوعي (ص : 51) من الرسالة.

2- حادثة عرضت على دار الفتوى بخان يونس فى يوم الأربعاء تاريخ(19 رجب سنه1426هـــ)، وفق (2005/8/24 م).

المبحث الثالث

مدى تطبيق الإفتاء في المحاكم الشرعية في قطاع غزة

بات واضحاً أن القاضي له أن يفتي في العبادات ونحوها مما لا دخل فيه للقضاء والأحكام؛ فمنصب الإفتاء داخل في منصب القضاء؛ فالقاضي مفتٍ ومثبتٌ ومنفذٌ لما أفتى به[1] إلا أنه لا يفتي فيما يتعلق بالقضاء والأحكام [2].

وقد أشار بعض الفقهاء إلى أنه يجب على وليِّ الأمر أن يعيِّن قاضياً ومفتياً[3]، فالقاضي غير المفتي، ولكل مجلسه الخاص به، ذلك لأن تحميل مسؤولية القضاء والإفتاء لشخصٍ واحدٍ شيءٌ لا تحمد عقباه، وعليه سوف اتناول في هذا المبحث مدى تطبيق الافتاء في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، معطياً نبذة عن دور الفتوى والبحوث الإسلامية في قطاع غزة، وهل للقاضي ان يستفتي غيره وهل يلزم بفتوى المفتي، **هذا ما يتضح في المطلبين التاليين:-**

المطلب الأول

استفتاء القاضي غيرَه عند الحاجة

إن الإنسان مهما بلغ من العلم مبلغاً، إلا أن النقص يعتريه قال تعالى:﴿وفوق كلِّ ذي علمٍ عليم﴾ [4].

وقد سئل الإمام مالك – رحمه الله – عن أربعين مسألةً فلم يجب إلا في أربعة منها، وقال في الباقي : لا أدري [5] .

فالقاضي يتعرض لكثير من القضايا والمسائل المعضلة التي تحتاج إلى اجتماع أهل الحلِّ والعقد من العلماء والفقهاء؛ لحل هذه المعضلات فهل يجوز للقاضي أن يستفتي غيره إن لم

1- انظر : النووي : المجموع (1 / 74) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (6 / 139) .
2- انظر : فتوى القاضي (ص : 183) من الرسالة.
3- انظر: الشربيني : مغني المحتاج (6 / 259).
4- سورة يوسف : الآية (76) .
5- الشوكاني : إرشاد الفحول (3 / 302) ، الخطيب البغدادي : الفقيه والمتفقه (ص : 93).

يجد حلاً، وهذا ما يتضح حسب القانون المعمول به في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، **وذلك في الفرعيين التاليين:-**

الفرع الأول : موقف القانون من استفتاء القاضي غيره.

إن القاضي رجل يعتريه النقص، وربما عرضت له مسألة لم يجد لها جواباً؛ فله حينها أن يسأل غيره ويستشيره فيما أعضل عليه حله، فقد نصَّت مجلة الأحكام العدلية على ما يدل على استفتاء الغير، **فقد جاء في المادة** (1811) **: " يجوز استفتاء القاضي من غيره عند الحاجة "** [1].

فإذا اشتبه القاضي في مسألة، ولم يفهمها، فله أن يستشير علماء بلدته شفاهاً، وإن لم يجد فله أن يستشير علماء بلدة أخرى مكاتبة، وينظر فإذا وافق رأي هؤلاء العلماء رأي القاضي؛ فيحكم القاضي بموجب ذلك لا بغيره، إلا أن يكون غيره أقوى في الفقه ووجوه الاجتهاد، فيجوز ترك رأيه.

وأما إذا لم يكن للقاضي أي رأيٍ وعلم في المسألة، فيجب عليه أن يعمل بقول أولئك العلماء وفتواهم [2].

الفرع الثاني: مدى إلزامية التقيد بالفتوى للقاضي:-

إن الفتوى غير ملزمة للقاضي؛ فإن القاضي ملزم بالعمل بما هو مقنن عنده من قوانين مسطورة قائمة على مذهب الإمام أبي حنيفة، يأخذ الحكم منها إن وجده، وإلا رده.

وقد يعتقد البعض أن القضاة لا يحكمون مثلاً في مسألة الطلاق بالثلاث إلا بعد استفتاء المفتين، فيحكمون بناءً على فتواه، ولكن هذا غير صحيح.

فإن القاضي إذا حضر إليه المطلِّق زوجتَه بالثلاث جملةً واحدة يقع ثلاثاً موجباً للفرقة،

1- الباز: شرح المجلة، مادة (1811).

2- انظر: حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (4 / 564)، الباز: شرح المجلة (ص : 1176).

كما هو مذهب الإمام أبي حنيفة [1].

فبعض القضاة يكتفي بمجرد إثبات الحالة عنده، دون أن يبتَّ فيها بحكم؛ كي يتمكن المطلِّق من استفتاء المفتي فى بلده، تحرزاً واحتياطاً، لا من باب الإلزام وعدمه؛ لأنه لو أفتاه بوقوع الطلاق، ولزوم الفرقة؛ لما أمكن للمطلق مراجعة زوجته؛ لأن الحكم قد وقع صحيحاً ولا يوجد ما يدل على رفعه بعد وقوعه؛ فإن قانون الأحوال الشخصية القائم على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المعمول به فى المحاكم الفلسطينية **ينص فى المادة** (239) **على ما يلي: " يقع الطلاق بائناً بصريح لفظ الطلاق إذا أضيف اللفظ إلى المرأة المدخول بها مقروناً بعدد الثلاث نصاً، أو إشارةً بالأصابع، مع ذكر لفظ الطلاق، أو منعوتاً بنعتٍ حقيقي، أو مضافاً ..... الخ "** [2] **.**

فإن هذا النص يدل على أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً؛ إلا أن مجال الاجتهاد مفتوح؛ لئلا يقع القاضي فى الحرج والتضييق على الناس؛ فإنَّ ذمم الناس قد فسدت، ولو أُخِذَ الناس بقولهم لَطُلِّقَتْ نساؤهم؛ **فقد جاء فى قانون حقوق العائلة فى المادة** (74)**: " الطلاق المقترن بعدد لفظاً، أو إشارة، لا يقع إلا واحدة "** [3].

وهذا مدرج تحت الاستثناءات بحيث أن وقوع الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد يقع طلقة واحدة، وهذا ما تقضي به المحاكم الشرعية اليوم.

وإن كان الأصل فى أن الفتوى غير ملزمة للقاضي، إلا أنه قد يرد على هذا الأصل استثناءٌ يتمثل فى الآتى: إذا رأى وليُّ الأمر أن الفتوى فى مسألة ما تحسم نزاعاً، وتدرأ مفسدة، وتحقق مصلحة، فله أن يلزم القضاة

1- انظر : السرخسي : المبسوط (6 / 101) ، ابن نجيم : البحر الرائق (3 / 287) ، وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته (9 / 6927).

2- انظر: سيسالم وآخرين: مجموعة القوانين الفلسطينية(10 / 38)،من قانون الأحوال الشخصية مادة(239).

3- المصدر السابق (10 / 116)، من قانون الأحوال الشخصية مادة (74).

بالحكم على وفقها، **فقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية فى المادة (1801) ما نصه:"** وكذلك **لو صدر الأمر السلطانى بالعمل برأي مجتهد فى مسألة؛ لأن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق؛ فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر يخالف رأي ذلك المجتهد وإذا عمل لا ينفذ حكمه "** [1].

وعليه فلا مانع من الأخذ بقول من قال: إن الطلاق ثلاثاً يقع واحدة [2]، وإن صدر قانون بذلك فيعتمد؛ تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية ، وحماية لمصلحة الأولاد؛ **وذلك للأسباب الآتية: -**

1- نحن فى وقت قلَّ فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس فى التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون بها غالباً التهديدَ والزجر، ويعتقدون أن فى الفقه منفذاً للحل ومراجعة الزوجة [3].

2- وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة الغراء من المحافظة على الزوجية.

3- إن هذا دليل على مواكبة الفقه الإسلامي لكل زمان ومكان مراعياً أحوال الناس.

بند : وبالرغم من العلاقة التى بين القضاء والإفتاء إلا أن فتوى المفتي ليست ملزمة للقاضي ومما يدل على استقلالية القضاء عن الإفتاء من واقع المحاكم الشرعية تعميم سماحة الشيخ قاضي القضاة أبو سردانة بخصوص **فتوى الدّية التي نصها ما يلي:**

اطلعت على الفتوى الصادرة عن مجلس الفتوى بالقدس الشريف المنشورة في مجلة الإسراء العدد الثالث صفحة (122)الصادر عن شهري آذار ونيسان 1996 م المتضمنة:

(بالإشارة إلى النصوص الشرعية المتعلقة بالدية فقد تقرر اعتماد الذهب في تحديد مقدار الدية [4] والتي هي عبارة عن الف دينار ذهباً، واعتمد مجلس الفتوى وزن دينار الذهب

1- الحاكم يراد به القاضي، الباز : شرح مجلة الأحكام العدلية مادة (1801)، (ص : 1169).

2- انظر : ابن تيمية : الفتاوى (33 / 11) ، ابن القيم : زاد المعاد (5 / 185).

3- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلتة (9 / 6935).

4- الدية : جمع ديات، وأصلها ودْيَة، وهي المال الواجب فى إتلاف نفوس الآدميين، قلعه جي: معجم لغة الفقهاء (ص : 212).

بأربعة غرامات وربع الغرام (25 . 4)غم، وعلى هذا تكون الدية أربعة كيلو غرامات وربع الكيلو من الذهب الخالص أي من ذهب السبائك (1000 × 4.25 غم) وعلى ضوء سعر الذهب فى الأسواق المحلية فإن سعر غرام الذهب من السبائك عيار (24) هو تسعة دنابير أردنية فيكون مقدار الدية بالدينار الأردني هو ثمانية وثلاثون ألفا ومائتان وخمسون (38250) ديناراً أردنياً، ونلاحظ أنها اعتمدت الذهب فقط قاعدة لتقدير الدّية وقدرت ثمنه بثمانية وثلاثين الفا ومائتين وخمسين ديناراً أردنياً، ونظراً لأهمية هذا الموضوع وخشية أن يلتبس الأمر على المسلمين عامة وعلى رجال القضاء الشرعي خاصة ويعتقدون أن هذا المبلغ هو حكم شرعي قطعي الأخذ به واجب يثاب فاعله، ويعاقب تاركه، ومخافة أن تقع لجان الإصلاح الشعبية في أمر غير مقطوع به مما يترتب عليه اتساع هوة الخلاف والنـــزاع العشائري عند أخذ(العطوات)والتمهيد لإصلاح ذات البين، **وحقن الدماء فإني أبين ما يلي:-**

1- فى الفتوى غموض من حيث الدليل فإنها لم تذكر النصوص ولا المذهب الذى اعتمدت عليها فى اختيار الذهب فقط قاعدة لتقدير المبلغ الكبير الذى أفتت به، والفتوى عامة وليست لدارس الفقه الإسلامي خاصة.

2- إن النظر فى دعاوى الدّية ليس من اختصاص المفتين، وإنما هو من اختصاص المحاكم الشرعية، ويفصل فيها قضاتها فى المحاكم الابتدائية والاستئنافية وفقاً للفقرة 11 من المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 / 1959 ، وتنفذ أحكامها الجهات الرسمية المعنية بقوة القانون؛ وذلك حسماً للنـــزاع وقطعاً لدابر الفتنة؛ لأن الفتوى غير ملزمة التنفيذ كما هو معلوم من بدهيات الفقه الإسلامي، واما حكم القاضي المكتسب للدرجة القطعية فواجب التنفيذ طوعاً أو بقوة القانون.

3- راعت الشريعة الإسلامية مبدأ التيسير فى تقدير الدية عند وجود موجبها والأصول المعتمدة لذلك هي الذهب والفضة والإبل، ولا يجوز طلبها من غير هذه الأصول، وتعيين أحدها يكون بالتراضي وعند اختلاف الطرفين يعين القضاء ذلك الأصل كما نص عليه

ابن عابدين فى رد المختار– باب الدّيات، ومن التيسير تقسيط دفعها على ثلاثة أقساط سنوية متساوية وتكون على الجاني وعاقلته.

ومن التيسير إذا كان القتل خطأ فللجاني اختيار أحد هذه الأصول كما فى كفارة اليمين، وقيل الاختيار للقاضي فى هذه الحالة، وإذا طلب أولياء الدم مبلغاً أقل من الدية المقدرة لا يحكم بأكثر منه إلا إذا كان فى الورثة قاصر فيراعى حقه بالنسبة للدية المقدرة.

4- إذا اعتمد أساس الدية بالتراضي أو حكم القاضي عند الاختلاف فيعتمد فى التقدير على أهل الخبرة فى النقدين أو الإبل، وينتخبون من الطرفين عند اتفاقهما أو من القاضي الشرعي عند الاختلاف وفق للمادة (84) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [1]، المذكور وتحديد العاقلة إنما يكون بحكم القاضى وليس إفتاء المفتي.

ومن المعلوم أن سعر النقدين والإبل تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وقد اعتمد قانون الدية المؤقت الصادر عن ديوان قاضي القضاة فى المملكة الأردنية الهاشمية، والذى سنته مجموعة من كبار رجال القضاء الشرعي وعلماء آخرين من ذوي العلم والخبرة، اعتمد في مادته الثالثة(**مبلغ عشرة الآف دينار أردني**) في دية القتل الخطأ يزاد عليها الثلث في شبه العمد والعمد إذا وجبت فيه الدية بعد العفو عن القصاص، وهذا قابل للزيادة والنقصان، ولكن الزيادة لن تصل إلى المبلغ المرهق الذي اعتمدته الفتوى المذكورة بدون دليل قاطع يرجح ما ذهبت إليه.

5- من أراد التوسع فى أحكام الدية فليراجع :-

أ- النصوص الفقهية فى باب الديات من كتاب رد المحتار لابن عابدين.

1- بالرجوع إلى المادة (84) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية وجد أن المادة تنص على ما يلي : " إذا اغفل الشاهد شئياً يجب ذكره سأله القاضي عنه ولا يعد ذلك تلقيناً الا إذا كان مما يزيده علماً " والصحيح أن المادة 103 هي التي تنص على المراد وهو ما يلي : " إذا لم يتفق الطرفان فى الخصومات المحتاجه إلى إخبار أهل الخبرة كتعيين مقدار النفقه وأجر المثل أو كان المدعي غائباً تعين المحكمة أهل الخبرة من قبلها رأساً "، انظر : سيسالم وآخرين : مجموعة القوانين الفلسطينية(10 / 139) ، من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

ب- القرارات الشرعية الاستئنافية المعتمدة، ومنه القرارات ذوات الأرقام 7967، 9182، 9273، 9924، 10363، 10525، 10915، 11239 ..... وغيرها.

6- وإني أقترح على إخواني رجال الإفتاء الشرعي إذا عرضت عليهم مسألة هي من وظيفة المحاكم الشرعية أن ينصحوا السائل بمراجعة تلك المحاكم لحلها قضائياً وليس هذا لشبهة فى علم المفتين أو قدرتهم على الإجابة، ولكن من قبيل التنسيق بين الأجهزه المتماثلة، وصيانة لهيبة رأي المفتي عندما ترفض الجهات المعنية تنفيذ فتواه الخطية لما سبق ذكره، فقد صادف أن موضوع فتوى البعض كان يتعلق بتقدير نفقه زوجة، وأولاد، أو حصر إرث، أو طاعة، أو حضانة أطفال، أو رضاع، أو طلاق مما يتعارض مع أحكام قانون الأحوال الشخصية أو نحو ذلك [1] .

المناقشة :-

1- دعوى قاضي القضاة أن فى الفتوى غموضاً من حيث الدليل فهو مردود؛ فقد ذكر فى القرار الثاني: ما هي الدية، ومتى تجب فى حالة القتل بأنواعه، وأسباب وجوب الدية، ومقدار الدية فى كل حالة، وكيفية أدائها بالتفصيل مع ذكر الأدلة [2] .

2- أما قول قاضي القضاة إن دعاوى الدية من اختصاص المحاكم الشرعية[3] لا المفتين فهذا لا يمنع المفتي أن يبين مقدار الدية وبذلك فالمفتي لا يقضي بين المتخاصمين؛ لأنه من اختصاص المحاكم الشرعية؛ إنما يبين حكماً شرعياً من باب أن المفتي قائم فى الأمة مقام النبي - ﷺ - [4] .

1- محمد ناجي فارس: تعاميم قاضي القضاة ونائبه فى عشر سنوات من(29/8/ 1994 م وحتى 29/8/2004م)، (ص : 43 ، 44).

2- انظر : الكفرداني : الإفتاء فى فلسطين (ص : 113).

3- انظر : الاختصاص الموضوعي (ص : 51) من الرسالة.

4- انظر: الشاطبي : الموافقات (5 / 253).

2- وقوله أن الشريعة الإسلامية راعت مبدأ التيسير فإن هذا لا يرد فتوى المفتي حيث قرر مجلس الفتوى الأعلى أن **أصول الدية هي:** الإبل، والذهب، والفضة، والبقر، والغنم، والحلل، لما ثبت عن عمرو بن حزم أن النبي - ﷺ - قضى فى الدية بألف دينار **...** الخ [1]، **وقد اعتمد مجلس الفتوى الأعلى:-**

أن مقدار الدية هو ألف دينار ذهباً لتوفره فى الأسواق ويسر التعامل به، وعند حساب الدينار الذهبي بالوزن نجد أن ألف دينار تساوي (4250 غم)، وتساوي (4.25 كيلو غرام) ذهباً، ومقدارها بالدنانير الأردنية يكون بضرب (4250 غم) بقيمة غرام الذهب عيار أربعة وعشرين من الدنانير فى الوقت المراد إخراج الدية فيه أي يبقى مقدار الألف دينار ذهباً ثابتاً، ولكن تتغير القيمة الورقية بالدنانير حسب سعر الغرام من الذهب يوم الدية فى السوق، وذلك أنه لا يصح تجاوز النص الشرعي الذي يبين الدية **.....** وإن مجلس الفتوى الأعلى إذ يعتمد مقدار الألف دينار ذهب فى تقدير الدية ومن ثم ترجمتها إلى عملة ورقية حسب سعر الغرام من الذهب يوم الدية فى السوق؛ فإنما يختار الأيسر على الناس [2]**.**

3- قول قاضي القضاة إن المبلغ الذى اعتمده مجلس الفتوى الأعلى مبلغ يرهق الناس، وهذا مردود، وذلك بأن تقدير الدّية بألف دينار ذهباً ثابت، وإن المتغير القيمة الورقية بالدنانير حسب سعر الغرام من الذهب يوم الدية فى السوق، وهو الأيسر على الناس [3]**.**

4- اقتراح قاضي القضاة على المفتين إذ عرضت عليهم مسألة هي من وظيفة المحاكم الشرعية أن ينصحوا السائل بمراجعة تلك المحاكم لحلها قضائياً، وإن هذا هو المعمول به فعلاً فى دور الفتوى، حيث إنه إذا عرضت عليهم مسألة من اختصاص المحاكم الشرعية يتم تحويلها فى الحال.

1- انظر: ابن حجر: تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعي الكبير (4 / 22)، صححه الألباني فى ارواء الغليل (7 / 300).

2- انظر: الكفرداني: الإفتاء فى فلسطين(ص : 117 ، 118).

3- المصدر السابق.



المطلب الثاني

نبذة عن الإفتاء المعاصر فى قطاع غزة

بعد سؤال أهل الاختصاص فى المحاكم الشرعية عن عدد المحاكم وجد أنها ثلاثون محكمة شرعية فى الضفة والقطاع، منها عشرة فى قطاع غزة، وبالمقارنة مع دور الفتوى وجد أنها فى الضفة والقطاع ستة عشر داراً.

ويظهر الفرق واضحاً فى العدد بين المحاكم الشرعية ودور الفتوى؛ وذلك لأن حاجة الناس إلى القضاء أشد منها إلى الإفتاء، فالقضاء فيه رفعُ التهارج وردُّ التواثب، وقمع الظالم، ونصر المظلوم، وقطع الخصومات [1].

ويعود السبب فى ذلك إلى أن ذمم الناس فى هذا الزمان قد فسدت إلا من رحم ربنا.

وإن الإفتاء من المناصب الجليلة الحساسة ذات المكانة الخطيرة وصاحبها عليه تبعة عظيمة ، فالمفتي مُوَقِّعٌ عن الله تعالى فيما يصدر من فتاوى، **وقد سمى الإمام ابن القيم كتابه** المتضمن كثيراً من قواعد الأصول والفقه:**" إعلام الموقعين عن رب العالمين "**، وكأنه يقصد بهذا الإسم إخبار الموقعين من القضاة والمفتين عن رب العالمين بما يجب عليهم فقهه من أحكام أفعال العبيد [2].

وقد ذكرت هذا المطلب لأهميته؛ ويتمثل ذلك فى أن الإفتاء فيه تخفيف العبء عن القضاة، فلو تحمل القاضي وحده هذه التبعة لشقَّ عليه ذلك؛ لأن الخصومات كثيرة، فيحدث ما لا تحمد عقباه من ثقل التبعة بكثرة المستفتين والمتقاضين.

وعليه فقد بدأت بذكر نبذة عن الإفتاء، فى العشر سنوات الأخيرة، وهي عُمْرُ السلطة الفلسطينية، بما أنها تمثل الإفتاء المعاصر في ظلِّ تنظيمه جزئياً، **وذلك فى الفرعين التاليين :-**

1- انظر: ابن فرحون : تبصرة الحكام (1 / 10).

2- انظر: ابن القيم : إعلام الموقعين " المقدمة " (1 / 8).



الفرع الأول : دور الفتوى فى قطاع غزة من الفترة 1994 م وحتى 2005 م :-

إن منصب الإفتاء فى قطاع غزة مصدره بيت المقدس، فبعد قيام السلطة الفلسطينية فى شهر نيسان—إبريل— عام 1994 م؛ قرر رئيسها إنشاء جهاز مستقل للإفتاء يتناسب مع أهميته.

وعليه فقد صدر فى يوم الأحد 16 / 10 / 1994 م، **مرسوم رئاسي بتعيين سماحة الشيخ عكرمة سعيد صبري**[1] **مفتياً عاماً للقدس والديار الفلسطينية بدرجة وزير**، ومن وقتها أخذ سماحته على عاتقه تنظيم شؤون الإفتاء بتعيين المفتين فى المحافظات الفلسطينية؛ **وكان اختيارهم وفق شروط معينة وهي كما يلي** [2] **:-**

1- أن يكون مسلماً.

2- أن يكون حاصلاً على بكالوريوس فى الشريعة الإسلامية على الإقل.

3- أن يكون حسن السيرة والسلوك.

4- أن لا يكون محكوماً بجناية أو جنحة.

ويكون تعينهم بآلية خاصة ، وذلك كما يلي:-

1- تنسيب التعيين من سماحة المفتي العام لرئيس السلطة الفلسطينية.

2- يتم إصدار مرسوم رئاسي بالتعيين.

3- يعين المفتي بدرجة مدير.

4- لا يخضع المفتي لفترة تجربة.

1- سماحة الشيخ الدكتور/ عكرمة سعيد صبري: من مواليد القدس الشريف، وهو علم من أعلام فلسطين، حاصل على الدكتوراة في الفقه العام، درس وحاضر في العديد من المدارس والكليات الإسلامية، خطيب المسجد الأقصى المبارك، ورئيس المجلس الإسلامي الأعلى في فلسطين، ورئيس هيئة العلماء والدعاة ببيت المقدس، وعضو المجمع الفقهي الإسلامي بجدة، وله العديد من المؤلفات والأبحاث منها: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق " رسالة دكتوراه "، واليمين في القضاء الإسلامي" رسالة ماجشستير"، والتنوير في العقيدة والتفسير، والوجيز في أصول الفقه، والدعوة الإسلامية ضرورة واجبة، ومنزلة القدس في الإسلام، والمسلمون والعولمة، وغيرها كثير، وشارك ويشارك في العديد من الندوات والمؤتمرات في شتى أرجاء العالم الإسلامي.

2- انظر : الكفرداني : الإفتاء فى فلسطين (ص : 23)، مديرية الاعلام والعلاقات العامة والبحوث: نشرة تعريفية بدار الفتوى والبحوث الإسلامية.

وبما أن الحديث عن الإفتاء فى قطاع غزة؛ فإن نصيب قطاع غزة من الستة عشر داراً هي ثلاثة، والرابعة تحت الإنشاء، **وهى كما يلى:-**

أولاً : دار الفتوى والبحوث الإسلامية فى خان يونس :هاتف (082054661) :-

وقد تم إنشاؤها فى 20 / 11 / 1994 م، وقد ترأسها سماحة الشيخ كمال الأغا [1] نائب المفتي العام للقدس والديار الفلسطينية إلى أن تم تعيين فضيلة الشيخ إحسان إبراهيم عاشور[2] مفتياً لمحافظة خان يونس بتاريخ 1 / 4 / 2001 م.

ثانياً : دار الفتوى والبحوث الإسلامية فى غزة : هاتف (082825873) :-

وقد تم إنشاؤها فى 1 / 4 / 1995 م، حيث تم تعيين فضيلة الشيخ عبد الكريم خليل الكحلوت [3] مفتياً فيها.

ثالثاً : دار الفتوى والبحوث الإسلامية فى رفح: هاتف (082136363):-

تم تأسيسها فى 21 / 7 / 1995 م، حيث تم تعيين فضيلة الشيخ حسن أحمد جابر [4] مفتياً فيها.

1- الشيخ كمال سعيد حمدان الأغا من سكان خان يونس ، ولد عام 1920 م ، وقد تنقل فى مهام المحاكم الشرعية، عمل قاضياً شرعياً ، وعضو محكمة استئناف شرعية ، وقائماً بأعمال رئيس محكمة الاستئناف الشرعية، ورئيس لمحكمة الاستئناف العليا ، وقد أنهى أعماله فى المحاكم بتاريخ 30 / 12 / 1994 م. وكان خطيباً وواعظاً فى مسجد خان يونس الكبير، وهو الآن يشغل منصب نائب المفتي العام للقدس والديار الفلسطينية، انظر: سيرته الذاتية بدار الفتوى والبحوث الإسلامية.

2- الشيخ إحسان إبراهيم عاشور من سكان خان يونس ، ولد عام 1963 م ، وحصل على الإجازة العالية فى الشريعة الإسلامية عام 1986 م ، عمل خطيباً وواعظاً فى مساجد خان يونس وقد كان إماماً لمسجد خان يونس الكبير، وعمل كمأذون شرعي لإجراء عقود الزواج قبل أن يتفرغ لدار الإفتاء بالمحافظة ، انظر: سيرته الذاتية بدار الفتوى خان يونس .

3- الشيخ عبد الكريم خليل الكحلوت من سكان غزة ، ولد عام 1935 م ، وحصل على الإجازة العالية من كلية الشريعة والقانون فى الأزهر الشريف، تبوأ عدة مناصب، منها أنه عمل مدرساً فى المعهد الديني بالأزهر الشريف، وكذلك عمل مدرساً فى الجامعة الإسلامية فى غزة، وآخرها أنه تبوأ عمادة معهد الأزهر الديني .

4- الشيخ حسن أحمد جابر من سكان رفح، ولد عام 1950 م، عمل مدرساً فى معهد الأزهر الديني، وهو إمام وخطيب فى مسجد العودة الكبير فى رفح، انظر: سيرته الذاتية بدار الفتوى رفح.

رابعاً : دار الفتوى والبحوث الإسلامية فى دير البلح:-

و لم يتم إنشاؤها بعد، قد تم تعيين فضيلة الشيخ حسن إسماعيل اللحام [1] مفتياً فيها بعد ترقيته من نائب مدير مفتي غزة إلى مفتي دير البلح بدرجة مدير.

ولا نغض الطرف عما ارتآه سماحة الشيخ عكرمة صبرى المفتي العام للقدس والديار الفلسطينية من إنشاء مجلس يرجع إليه فى القضايا المعاصرة المستجدة، بحيث يرجع إليه المفتون فيما يعضل عليهم حله بعد تشاور وتحاور من أجل مصلحة المستفتي، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [2]، وقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [3]، وكما هو الحال فى سلفنا الصالح كأبي بكر وعمر - ﷺ -، فقد كانوا يسألون ويستشيرون غيرهم من الصحابة الكرام، وعليه ففي 7 / 12 / 1994 م، قام سماحة الشيخ عكرمة صبرى باستصدار مرسوم رئاسي بتشكيل أول مجلس فلسطيني للفتوى يضم ثلة من المشايخ أصحاب العلم؛ ليكون ذلك المجلس بمنـــزلة العمود الفقري للإفتاء فى فلسطين عامة، وقطاع غزة خاصة، ولكي يقوم مجلس الفتوى الأعلى بمهامه **خير قيام تم وضع الآلية التالية :-**

1- مجلس الفتوى الأعلى هو أعلى مرجعية دينية فى فلسطين.

2- تم تعيين رئيس المجلس بمرسوم رئاسي.

3- رئيس المجلس هو المفتي العام للقدس والديار الفلسطينية هو الشيخ عكرمة صبري.

4- يتم تعيين أعضاء المجلس من قبل سماحة رئيس المجلس، ويصادق على الأعضاء بمرسوم رئاسي.

5- لا يقل عدد أعضاء المجلس عن خمسة عشر عضواً، ولا يوجد سقف للحد الأعلى

1- الشيخ حسن إسماعيل اللحام من سكان دير البلح ، ولد عام 1959 م ، حصل على البكالوريوس فى الدعوة وأصول الدين من جامعة أم القرى بمكة المكرمة ، وعمل مدرساً فى وكالة الغوث الدولية ، وخطيباً وواعظاً ، انظر : سيرته الذاتية بدار الفتوى بغزة .

2- سورة الشورى : الآية (38) .

3- سورة آل عمران : الآية (159).



6- يشترط فى عضو المجلس أن يكون حاصلاً على شهادة البكالوريوس كحّدٍ أدنى.

7- يجتمع المجلس اجتماعاً دورياً للنظر فى القضايا المرفوعة إليه.

وقد تم تجديد هذا المجلس لثلاث دورات متتالية، حيث تم تشكيل مجلس للفتوى الأعلى جديد من 1 / 7 / 2003 م، يضم حوالي واحد وثلاثين شيخاً فاضلاً من أصحاب الكفاءات والشهادات الذين منهم أصحاب الفضيلة مفتي قطاع غزة، ولكل مفتٍ أن يشكل فى مكان عمله لجنة فتوى محلية، وذلك بعد أن أوعز سماحة المفتي العام الشيخ عكرمة صبري لهم بذلك ليتسنى الرجوع لهم فى المعضلات، وما يستجد أمره مشترطاً أن يكونوا من أصحاب المؤهلات الشرعية [1].

الفرع الثاني : المهام المنوطة بدور الفتوى فى قطاع غزة :-

تتكون دار الفتوى من المفتي الذي يحمل رتبة مدير، ثم مساعده وهو نائب المفتي؛ بالإضافة إلى الطاقم الإداري المعروف.

وقد اقتصرت في هذا الفرع على مهام كل من المفتي ونائبه؛ لأن عليها مدار الفتوى، وما يلحق بها، وأضربت الذكر صَفْحاً عن بقية الموظفين؛ لأن عملهم لا يختلف عن دور الإداريين فى الدوائر الأخرى فى المؤسسات المختلفة، وينسحب هذا على كل من مديرية الشؤون الإدارية، ومديرية الإعلام والبحوث الإسلامية.

أولاً : المهام المنوطة بالمفتي [2] :-

يعد المفتي هو المرجعية الدينية الأولى، فهو يقوم بأسمى مهمة وأجَلِّها على وجه الأرض بعد القضاء، فهو قائم فى الأمة مقام النبي - ﷺ - [3]، **ومن المهام المنوطة به ما يلي :-**

1- انظر : الكفرداني : الإفتاء فى فلسطين (ص : 23 ، 73)، مديرية الإعلام والعلاقات العامة والبحوث: نشرة تعريفية بدار الفتوى والبحوث الإسلامية.

2- المصدر السابق : انظر (ص : 43) .

3- انظر: الشاطبي : الموافقات (5 / 253).



1- العمل على تثقيف المسلمين بالمسائل والاجتهادات الدينية والقضايا المستجدة.

2- استقبال المستفتي والتعرف على حالته النفسية والأسرية.

3- الإجابة على أسئلة المستفتي.

4- إصدار الفتاوى للمستفتين حسب قناعته وفهمه للواقعة المستفتى فيها، فهو ليس بمقيد بمذهب معين.

5- المشاركة فى مجلس الفتوى الأعلى، وهو الذى يمثل أعلى مرجعية دينية فى فلسطين

6- الخطابة والوعظ والإرشاد والتدريس فى المساجد والمدارس والجامعات.

7- المساهمة في جميع النشاطات المجتمعية بالمشاركة الشخصية.

8- بث الوعي الديني، ونشر روح الأخوة والمحبة بين أبناء المجتمع.

9- إصلاح ذات البين في الخصومات كبيرها وصغيرها.

10- مراقبة الأهلة والإعلان عنها فى مطلع كل شهر قمري.

11- إصدار نشرات دورية خدمة للمجتمع حسب مقتضيات الحال.

12- مراقبة صلاحية المواد الغذائية من الناحية الشرعية.

ثانياً : المهام المنوطة بنائب المفتي ووزيره " نائب المدير " [1] :-

1- الإشراف على النواحي الإدارية لموظفي المحافظة، وتنسيق ذلك مع دائرة شؤون الموظفين فى المركز الرئيسي لدار الفتوى.

2- التنسيق مع دور الفتوى فى المحافظات، والحصول على تقارير شهرية منها.

3- الاحتفاظ بسجل خاص لتسجيل الفتاوى.

4- استقبال كافة طلبات الفتاوى، والتأكد من استيفائها للشروط المطلوبة.

5- تدوين محاضر اجتماعات لجنة الفتوى المحلية.

6- القيام بمهام مدير المركز " المفتي " عند غيابه.

7- مساعدة المفتي فى إعداد الأبحاث والتقارير، وإلقاء المحاضرات التى يكلف بها.

1- بالرجوع إلى سجلات دور الفتوى ، انظر : المهام المنوطة بنائب.



أولاً: النتائج

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث، يمكن ذكر أهم النتائج التي توصلت إليها في النقاط التالية: -

1- إن الاجتهاد ضروري لحيوية الشريعة الإسلامية، ومواكبتها لتغير الأحوال، ذلك أن الحوادث متجددة غير محصورة، والحياة في تطور وتعقد، مما يحتاج معه إلى مَنْ يبذلون قصارى جهدهم لحلِّ المعضلات والنوازل، خاصة وأن مجال الاجتهاد وسبله أيسر منالاً من الماضي؛ فإن عصرنا الحاضر هو عصر التقنيات الحديثة المتطورة، والمعطيات العلمية التي وفرت الكثير من الجهد والوقت والتفكير، مما يذلل طرق الاجتهاد أكثر مما سبق.

2- إن كل ماجاء من الأحاديث التي فيها تخويف ووعيد لمن تولي القضاء إنما هى في حق قضاة الجور، وفي حق الجهال الماجنين الذين يُدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علمٍ.

3- إن وُلِّي كافر القضاء بين الناس لا تصح ولايته، لأنه ما جعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا، فلا ينفذ حكمه؛ أما إذا ولى القضاء بين غير المسلمين؛ فإنه يجوز أن يكون قاضياً بين أهل ملته؛ لأنه سبيل على أهل ملته، لا على المسلمين.

4- ترجح لي عدم صحة تولي المرأة منصب القضاء؛ لأن الأصل في المرأة هو القرار في البيت، والقضاء يحتاج إلى أهلية خاصة، تصقلها التجربة والخبرة في معادن الناس وسلوكهم، والمرأة قليلة الاحتكاك بأصحاب المعاملات والعقود غالباً، فلا خبرة عندها في سبل أكل أموال الناس بالباطل، والإدلاء بها إلى الحكام.

5- إن صلاحيات القاضي منوطة بما أوكل إليه من اختصاصات، وهي ترجع إلى الكتاب الذي يكتبه الإمام للقاضي عند تقليده وتعينه، وقد تكون ولاية القضاء عامة، أو خاصة.

6- يشترط في القاضي الاجتهاد المطلق؛ فإنْ عَدِمَ المجتهدُ المطلق جاز تولية المجتهد المقيد بمذهب معين، فإن عَدِمَا جاز تولية المقلد الذي لديه نوع علم، وأهلية فَهْمٍ في مذهب من

المذاهب؛ لئلا تتعطل مصالح الناس؛ نظراً لضعف الأهلية والهمة عن الدُنُوِّ لمرتبة الاجتهاد، فضلاً عن بلوغها.

7- لاضمان على القاضي ما لم يتعمد الجور في حكمه، فإنه إن فعل ذلك عوقب أشد العقوبات لتعديه وجوره.

8- اتفق الفقهاء على نقض حكم القاضي المخالف لصريح الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، وكذلك ما يخالف القياس الجليّ.

9- إن حكم القاضي لا ينقض من قاضٍ آخر، ولا منه نفسه؛ لئلا يشك الناس في القضاء، ويتحرجوا من أحكام القضاة، ولأن نقض حكم القاضي يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، وهذا يقضي ألا يثبت الحكم، فلا تستقر المعاملات، وهو مخالف لمقصد الشارع من ثبات العقود والمعاملات الصحيحة.

10- لا يجوز تقييد القاضي بمذهب معين؛ وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لما في ذلك من حَجْرٍ على الاجتهاد، وتضييق لدائرته؛ بل يقضي القاضي بما يتوصل إليه اجتهاده مستفيداً حكمه من جميع المذاهب، لا من مذهب معين.

11- بدا لي جواز تقنين الأحكام الشرعية؛ حيث إن التقنين الذي نادى به المجيزون يختلف عن الإلزام بمذهب معين، بحيث تستفاد الأحكام الشرعية من جميع المذاهب، لا من مذهب معين، وبذلك يمكن أن نحصل على قانون مدني إسلامي يفوق أحسن القوانين المدنية المعروفة اليوم؛ لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادئَ ومبانٍ وأحكامٍ تتسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة والمتوقعة.

12- إن الاجتهاد في المحاكم الشرعية في قطاع غزة محصور فيما هو مقنَّن؛ بحيث لا يخرج القاضي عن مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان-ﷺ-، وذلك بعد أن يبذل جهده في البحث عن المادة التي يريدها فيما هو مسطور عنده في مجموعة القوانين الفلسطينية؛ فإن لم يجدها انتقل إلى مجلة الأحكام العدلية وشروحها.

وعليه فإن الاجتهاد في المحاكم الشرعية- بالنسبة للقضاة عندنا - موصدٌ بابُه، وإن إغلاق باب الاجتهاد وحصره في مذهب معين يُعَدُّ خرقاً واسعاً في بنيان التشريع الإسلامي.

13- إن تعميمات قاضي القضاة وقراراته صورة من صور الاجتهاد، وهي خروج عما هو مقنن ومسطور في القوانين الفلسطينية، وهي ملزمة، ويجب العمل بمقتضاها من وقت صدورها، ويعد هذا حالة استثنائية للظروف الراهنة.

14- لا فرق بين القاضي وغيره في جواز الإفتاء بما تجوز الفتيا به، ووجوبها إذا تعينت؛ فالقاضي مفتٍ ومثبتٌ ومنفذ لما أفتى به؛ فإن منصب الفتيا داخل في منصب القضاء عند الجمهور، وهذا في السلف السابق لبلوغهم رتبة الاجتهاد.

15- لا خلاف بين الفقهاء في أن للقاضي أن يفتي في العبادات ونحوها، مما لا دخل فيه للقضاء والأحكام، وإن له أن يستفتي غيره، ويستشيره فيما أعضل عليه حَلُّه.

ثانياً: التوصيات

بعد اكتمال هذا البحث، والوقوف على جملة من الحقائق والمفاهيم الشرعية، في اجتهاد القاضي وفتواه، فقد رأيت ضرورة تسجيل بعض التوصيات، **وهى كما يلي**:-

أولاً: ضرورة فتح باب الاجتهاد، خاصة أمام القضاة، وعدم تقييدهم بمذهب معين، وذلك لكثرة المسائل المستجدة، مع تغير الزمان والمكان، وهي تستدعي آفاقاً واسعة فى الفقه والاجتهاد، ولا يجوز أن يخلو عصر من العصور من مجتهد يرجع الناس إليه فيما يلم بهم من النوازل.

وقد كتب الحافظ جلال الدين السيوطى(ت 911) رسالة يعبر عنوانها عن مضمونها " **الرد على من أخلد إلى الأرض، وجهل أن الاجتهاد فى كل عصر فرض** ".

ثانياً: لما كان تقنين الأحكام الشرعية أمراً ضرورياً؛ لتظهر الشريعة الإسلامية فى ثوبها الجديد مظهرة محاسنها، ويسر تطبيقها؛ فإن الواجب على القائمين على تقنين الأحكام الشرعية، والعاملين فى هذا المجال، الاستفادةُ من جميع المذاهب؛ بحيث يتم وضع مذكرات تفسيرية للقوانين التى يراد العمل بها .

ثالثاً: كما وأوصي بأن يُنْتَخَبَ الأَكْفَاءُ من أصحاب العلم والدراية وذوي النعوت الحسنة؛ لإعادة النظر في جملة القوانين المعمول بها منذ عقود، فقد آن الوقت لغربلتها وترميمها.

رابعاً: أوصي بفتح آفاقٍ واسعة، وعلاقات حسنة مع المحاكم الشرعية فى البلدان الإسلامية الأخرى للاستفادة من خبراتهم بإحضارهم إلى بلادنا، أو انتداب ثلة من القضاة للذهاب إليهم فى بلادهم.

خامساً: أوصي طلبة العلم الشرعى بسلوك الطريق التى تؤدي إلى بلوغ رتبة الاجتهاد، فإن بلوغ هذه الرتبة اليوم أمرٌ ميسور، وطرقه مذللة معبدة، فهى أسهل منها فى العهد السالف، فالعلوم التى يحتاجها المجتهد مدونة مطبوعة، ومرتبة مهذبة، ومفصلة مبوبة، ويمكن أن يجدها عبر التكنولوجيا المتطورة فى أسطوانة واحدة أو اثنتين، فهى ثمرة جهود هائلة من العلماء، الذين أفنوا أعمارهم فى تدوينهـــا وتحصيلهـــا، فكان الواحد منهم يسافر



الشهور فى طلب الحديث الواحد، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

سادساً: كما أوصي القائمين على تربية النشء وإعداده بإنشاء مدارس ومعاهد خاصة لتأهيل العلماء من القضاة والمفتين **...** الخ.

سابعاً: أوصي بالترابط والتواصل بين المؤسسات الثلاث" المحاكم الشرعية، ودور الفتوى والبحوث الإسلامية، ووزارة الأوقاف الشرعية "؛ فإنها أعلى هيئات دينية فى قطاع غزة، فاجتماعهم وتوحدهم هو خطوة أولى للعمل على فتح باب الاجتهاد الجماعي فى فلسطين للنظر إلى ما هو مستجد من النوازل.

ثامناً: أوصي الهيئات ذات الاختصاص" **المجلس التشريعى** " فى سن القوانين الاستفادة من الرسائل العلمية المحكَّمة لطلبة الماجستير والدكتوراة، خاصة فى مواضيع الأحوال الشخصية.

ثالثاً: ملحق الرسالة

1- مسوغات تمديد سن الحضانة

إن مسوغات تمديد سن الحضانة إلى خمس عشرة سنة، التي رجعت إليها المحكمة العليا الشرعية، وقد تناولها الشيخ تيسير رجب التميمي/ قاضي قضاة فلسطين رئيس المحكمة العليا الشرعية، في تعديل جاء فيه ما يلي:-

الحضانة من أهم حقوق الإنسان في سني حياته الأولي، فهي إذن واجبة على الحاضن؛ لأن فيها حفظ، حياته ورعاية مصلحته في دينه ودنياه.

والأصل أن الوالدين يقومان معاً وسوياً بمسؤوليات حضانة الصغير ما دام في كنفهما، أما في حالة الانفصال بالطلاق، أو بوفاة الأب، فالأولوية للأم في حضانته حتى بلوغه سناً معينة.

والدليل في هذه المسألة :

ماروواه أبو داود: أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء، وحجري له حواء؛ وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني؛ فقال لها الرسول - ﷺ- :**" أنت أحق به ما لم تنكحي "** .

ومعلوم أن مدة الحضانة **مسألة اجتهادية** اختلف الفقهاء في تحديدها، وهي بالاجمال على النحو التالي:-

رأي الحنفية: أن حضانة الولد تنتهي ببلوغ سبع سنين، وحضانة البنت تنتهي بالبلوغ إذا كانت الحاضنة أماً أو جدة .

ورأي المالكية : أن حضانة الولد تنتهي بالبلوغ، وحضانة البنت تنتهي بالزواج .

والشافعية : يرون أن الحضانة تنتهي بالتمييز، ثم يخير الصغير بعدها، فإن اختار الأبوين معاً أُقْرِعَ بينهما، وإن امتنع عن اختيار أحدهما فالأم أولى استصحاباً للأصل، وهو أَحَقِّيتها بالحضانة.

ومذهب الحنابلة : أن الحضانة تنتهي ببلوغ الصغير السابعة، ثم يخير بين الوالدين، أمَّا البنت فلا تخير.



وحسماً لهذه الاختلافات، ولأن رأي ولي الأمر يرفع الخلاف؛ ولأن حديث رسول الله ﷺ السابق لم يحدد سناً لانتهاء حضانة الأم ما دامت لم تتزوج، فقد أصدرت المحكمة العليا الشرعية المنعقدة في غزة بكامل هيئتها القضائية المكونة من خمسة قضاة برئاسة رئيسها قاضي القضاة؛ قرارها رقم 60 لسنة 2005 تاريخ 5 / 6 / 2005 م، **كما يلي**:-

(تُمَدَّدُ حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية أولادها الصغار ذكوراً وإناثاً إلى بلوغهم الخامسة عشرة).

مستندة فيه إلى الأسس التالية:-

1- إن المحكمة العليا الشرعية هي محكمة قانون، وتمثل أعلى درجات التقاضي في المحاكم الشرعية في فلسطين، وتتصف أحكامها بأنها قطعية ونهائية ملزمة، وأن قراراتها ذات مبادئ وقواعد قانونية.

2- من صلاحيات المحكمة العليا الشرعية **توحيد الاجتهاد القضائي**، والقانوني في جميع المحاكم الشرعية الفلسطينية، بسبب الاختلاف بين القوانين المعمول بها في المحاكم الشرعية في جناحي الوطن، ومن المسلم به أنه لا يجوز أن يسري في المسألة الواحدة قانونان مختلفان في الدولة.

فقد تبنى قانون الأحوال الشخصية المعمول به في **محافظات الضفة الغربية** البلوغ الحقيقي أو الحكمي لانتهاء الحضانة، وضم الصغير بعدها إلى الأب، ويكون البلوغ الحقيقي بظهور علاماته، أما البلوغ الحكمي فهو أن يبلغ الإنسان سِنَّ الخامسة عشرة من عمر.

جاء في المادة(162) من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 أن:

(حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها تمتد إلى بلوغهم).

أما في **محافظات غزة** فقد حدد القانون السن الذي تنتهي عنده حضانة الولد بسبع سنين، والبنت بتسع سنين.

جاء في المادة (391) من قانون الأحوال الشخصية أن: (**مدة الحضانة تنتهي باستغناء الغلام عن خدمة النساء، وذلك إذا بلغ سبع سنين، وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين، وللأب حينئذ أخذهما من الحاضنة؛ فإن لم يطلبهما يجبر على أخذهما..**



لكن قانون حقوق العائلة المطبق بمقتضى الأمر رقم 203 لسنة 1954 **قد نص في المادة(** 118**)** أن: (**للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع سنين وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقضي بذلك**)، وهذا تباين واضح بين القانونين يقتضي توحيد النصوص، وإزالة التعددية فيها.

3- إن اجتهاد المحكمة العليا الشرعية في فلسطين يتفق مع ما ذهبت إليه محكمة التمييز الشرعية في العراق الشقيق، وهي أعلى درجة في القضاء الشرعي؛ حيث قررت إكمال المحضون سن الخامسة عشرة من عمره علماً أن المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 م **قد نصت في فقرتها الرابعة** أن:(**الحضانة تنتهي ببلوغ الصغير العاشرة من عمره، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانته حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها أن مصلحة الصغير تقضي بذلك**) فهذا التمديد ليس لازماً؛ بل هو للضرورة التي تقضي بمراعاة مصلحة الصغير، وبقرار محكمة التمييز الشرعية العراقية أصبح ملزماً.

4- يتفق هذا القرار مع ما جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني الذي انتُهِي من إعداده مؤخراً تمهيداً لعرضه على المجلس التشريعي قريباً ، فقد نصت المادة (205) من مشروع القانون على أن (**حضانة الأم للصغار تمتد إلى البلوغ؛ إما بالحيض للبنت، أو بالاحتلام للولد، أو ببلوغ الصغير خمسة عشرة سنة أيهما أكثر**).

5- وجاء هذا القرار حرصاً على مصلحة المحضون ذَكَراً كان أو أنثى، فهو بأمس الحاجة في هذه السن إلى رعاية الأم وتوجيهها ومتابعتها، وإلى حمايتها العاطفية والنفسية، خاصة في هذا الزمان الذي كثرت فيه المؤثرات المتناقضة في شخصية الطفل، إضافة إلى أن نزع الأطفال من حضانة الأم في هذه السن المبكرة قد أدى في الواقع إلى مشكلات اجتماعية معقدة كان لها تأثير سلبي في حياتهم .

كما أن هذا القرار لا يتعارض أصلاً مع وجوب رعاية الولي للمحضون، أو مع حقه في مشاهدته، فقد نصت المادة(209)من مشروع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني مادة (209) أنه: (**يجب على الولي النظر في شؤون المحضون وتأديبه وتوجيهه، مع مراعاة ألا يبيت إلا عند حاضنته**).



ومن جانب آخر فإن كثيراً من الأولياء يسعون إلى نزع الصغار من حضانة الأم المطلقة أو الأرملة ليس شفقة عليهم، ولا حرصاً على مصلحتهم، بل يهدف إلي الاستيلاء على أموالهم، خاصة أبناء الشهداء منهم؛ فسبب هجمتهم على القرار تعارضه مع مأربهم، فهو يحول بينهم وبين أكل أموال هؤلاء القاصرين.

ومن حقنا أن نتساءل: **لماذا يُنـــزع الصغار من أحضان أمهاتهم، ويلقى بهم في مؤسسات رعاية الأيتام، خاصة إن كانوا فقراء، أما إن كانوا أغنياء فيحرصون على ضمهم إليهم!** فهل هذه المؤسسات أحرص على مصلحة الصغير وعلى تربيته من أمه.

6- نَصَّ القرارُ على أن تمديد سن الحضانة لا يكون إلا إذا كان الصغار في حضانة **أمهم**، فهذه الأم التي حرمت نفسها من الزواج، وضحت بمتع الحياة الأخرى من أجلهم، من حقها أن تستمر في حضانتهم حتى البلوغ ما دامت قد تفرغت لهم، وحبست نفسها على تربيتهم.

7- علل العلماء سقوط حضانة الأم إذا تزوجت بانشغالها عن الحضانة وواجباتها بحقوق زوجها الجديد، وهذا يعني أن الأب مثلها إذا تزوج، حيث سينشغل بزوجته الجديدة وبأولادها عن الحضانة وواجباتها؛ بل إن حُنُوَّ الأم على الطفل أقوى من انشغالها بحقوق الزوج، لكن الأمر مختلف تماماً عند الأب الذي يكون ميله إلى زوجته الجديدة على حساب أولاده من غيرها، وكثيراً ما نشاهد في الواقع أن زوج الأم أكثر حناناً ومحبة للطفل من زوجة أبيه، إذن لا يمكن أن يكون الأب وزوجته-والحالة هذه- أولى بالصغير من أمه.

وأختم الموضوع بما **رواه البيهقي** أن عمر بن الخطاب - ﵁ - طلق إمرأته الأنصارية جميلة أمَّ ابنه عاصم، فلقيها يوماً تحمله وقد فُطِمَ ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، وقال أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر فقضى لها به، وقال له: ريحها وحجرها وفراشها خير له منك حتى **يشبَّ ويختار** لنفسه.

وفي رواية أنه قال ريقها خير له من شهد وعسلٍ عندك يا عمر، ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: **" لا توله والدة عن ولدها ".**

2- قرار استئناف من محكمة الاستئناف الشرعية غزة لمخالفتها لتعميمات قاضي القضاة

السلطة الوطنية الفلسطينية	بسم الله الرحمن الرحيم	
قاضي القضاة		التاريخ :........................
المحاكم الشرعية		الرقم : ....

محكمة الاستئناف الشرعية – غزة

هيئة المحكمة

الرئيس : الشيخ فلان.

العضو : الشيخ فلان.

العضو : الشيخ فلان.

المستأنفة: فلانة من سكان كذا .

المستأنف عليه : فلان من سكان كذا.

موضوع الاستئناف : القضيه رقم .

رقم الاستئناف : الرقم ، العدد ، سجل رقم

الحكم المستأنف : طاعة .

تاريخ الاستئناف : / / م [1].

القـــــــــرار

بعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الاوراق المتعلقة به

قررت هذه المحكمة قبول الاستئناف شكلاً، وفى الموضوع نقض الحكم المستأنف لتغيير المسكن الذى عينه مدعي الطاعة فى لائحة دعواه عن المسكن المكشوف عليه؛ وذلك خلافاً لتعميمات قاضي القضاة ، وتضمين المستأنف عليه الرسوم والمصروفات القانونية والله الموفق وحرر فى تاريخ / / هـ ، وفق / / م.

رئيس محكمة الاستئناف العليا الشرعيه

1- لم أذكر الأسماء والأرقام، لأن هذه أسرار، ولا يجوز إخراجها حسب التعميمات الواردة، واكتفيت بذكر القرار الذى ينص على استئناف الحكم بسبب مخالفته تعميمات قاضي القضاة .

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

فهرس المراجع

م. المرجع

أولاً : القرآن والتفسير:-

1-**القرآن الكريم.**

& ابن عاشور: محمد الطاهر (ت 1993هـ).

2-تفسير التحرير والتنوير، دار سحنون تونس.

& ابن العربي: أبوبكر محمد بن عبدالله.

3-أحكام القرآن: تحقيق على محمد البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى (1376هـ-1957م).

& ابن كثير : أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (ت 774هـ).

4- تفسير القرآن العظيم : مكتبة دار التراث القاهرة.

& الألوسي : أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادى(ت 127هـ).

5- روح المعاني: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1415هـ-1994م).

& السعدي: عبد الرحمن بن ناصر (ت 1376هـ).

6-تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى (1418هـ-1997م).

& الشنقيطي: محمد الأمين بن المختارالجكني .

7-أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، عالم الكتب بيروت.

& الشوكاني: محمد بن على بن محمد.

8-فتح القدير: الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الخير الطبعة الأولى(1413هـ-1992م).



& الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت310هـ).
9-تفسير الطبرى المسمى جامع البيان في تأويل القرآن.
& القرطبى: محمد أبو عبدالله محمد بن أحمد الانصارى (ت 671هـ).
10-الجامع لأحكام القرآن: راجعه الدكتور محمد إبراهيم الحفناوى، الدكتور محمد وحامد عثمان، دار الحديث القاهرة (1423هـ - 2002م).
& قطب: سيد قطب ابراهيم حسين شاذلي (ت 1966م).
11-في ظلال القرآن، دار الشروق طبعة(1417هـ-1996م).
& وهبة الزحيلي.
12-التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1411هـ-1991م).

ثانياً: السنة وشروحها: -

& أبو داود: سليمان بن الأشعت السجستاني الأزدى (ت 275هـ).
13-السنن: دار الحديث، الطبعة (1420هـ-1999م).
& أحمد: أحمد بن محمد بن حنبل (ت241هـ).
14-المسند: تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية (1420هـ- 1999م).
& الألباني: محمد ناصر الدين(ت 1999هـ).
15-إراواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية (1405هـ- 1985م).
16-صحيح الجامع الصغير وزيادته، جمعية إحياء التراث الإسلامى، المكتب الإسلامى، الطبعة الثالثة(1421هـ- 2000م).
17-ضعيف الجامع الصغير، وزيادته، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية(1408هـ- 1988م).
18-صحيح سنن أبى داود: مكتبة المعارف، الطبعة الأولى(1419هـ- 1998م).



& ابن حجر: أبو الفضل أحمد بن على بن حجر العسقلانى(ت 852هـــ).
19-فتح الباري بشرح صحيح البخاري تحقيق عبدالعزيزبن عبدالله بن باز، ورقَّمها محمد فؤاد عبدالباقي، دار المنار، الطبعة الأولى(1419هـــ- 1999م).
20-التلخيص الحبيرفي تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى (1416هـــ- 1995م).
& ابن عثيمين: محمد بن صالح(ت1421هـــ).
21-شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، للإمام أبي زكريا بن يحيى النووى(ت676هـــ)، تحقيق أحمد عبدالرازق البكري، ومحمد عادل محمد، ومحمد عبداللطيف خلف دار السلام، الطبعة الأولى(1423هـــ-2002م).
& ابن ماجه: أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني(ت 275هـــ).
22-السنن: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
& ابن منصور: سعيد بن منصور(ت 227هـــ).
23-السنن: تحقيق سعد بن عبدالله بن عبدالعزيزآل حميد، دار الصميعي، الطبعة الأولى(1414هـــ- 1993م).
& البخاري: محمد بن إسماعيل(ت 256هـــ).
24-الصحيح: مكتبة دار السلام، طبعة فريدة مصححة مرقمة مرتبة حسب المعجم المفهرس وفتح الباري، ومأخوذة من أصح النسخ ومذيلة بأرقام طرق الحديث، الطبعة الثانية(1419هـــ- 1999م).
& البغوي: الإمام الحسين بن مسعود(ت516هـــ).
25-شرح السنة، تحقيق شعيب الأرناؤوط، ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية(1403هـــ-1983م).
& البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن على(ت 458هـــ).
26-السنن الكبرى: دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية(1408هـــ- 1988م).
& الحاكم:أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري(ت 405هـــ).



27-المستدرك على الصحيحين وبذيله التلخيص، دار المعرفة، بيروت لبنان.

& الخطابي: الإمام أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي (ت 388هـ).

28-معالم السنن: شرح سنن أبي داود المكتبة العلمية، الطبعة الثانية(1401هـ- 1981م).

& الترمذي: أبوعيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت 279هـ).

29-السنن المسمى الجامع الصحيح، دار الحديث، الطبعة الأولى (1419هـ- 1999م).

& الدار قطني: أبو الحسن على بن عمر البغدادي(ت 385هـ).

30-السنن، دار المعرفة، بيروت(1386هـ-1966م).

& الشوكاني: محمد بن على بن محمد(ت1250هـ).

31-نيل الأوطارمن أسرار منتقى الأخبار، تحقيق أحمد محمد السيد، ومحمود إبراهيم بزَّال، محمد أديب الموصلي، دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الأولى(1419هـ-1999م).

& العظيم أبادي: أبو الطيب محمد شمس الحق.

32-عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.

& الصنعاني: محمد بن إسماعيل الأمير(ت1182هـ).

33-سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى(1418هـ-1997م).

& عبدالرزاق: أبوبكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني

34-المصنف: ومعه كتاب الجامع، تحقيق عبدالرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية(1403هـ- 1983م).

& مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت 261هـ).

35-الصحيح: دار ابن رجب، طبعة متميزة مخرجة من صحيح البخارى، مرقمة بترقيم محمد فؤاد عبدالباقي موافقة للمعجم المفهرس لألفاظ الحديث، الطبعة الأولى (1422هـ- 2002م).

& محمد فؤاد: محمد فؤاد عبدالباقي.

36-اللؤلؤوالمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، طبعة لجنة التضامن الخيرية، جمعية إحياءالتراث الإسلامى الكويت.

& النسائي: أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب(ت 303هـ).

37-السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (1411هـ- 1991م).

& زكريا الأنصاري: أبو يحيى زكريا الخزرجي(ت925هـ).

38-فتح العلام بشرح الإعلام بأحاديث الأحكام، تحقيق على محمد معوض، وعادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1421هـ-1990م).

ثالثاً: كتب المذاهب الفقهية: -

(أ)كتب المذهب الحنفي: -

& ابن عابدين: محمد أمين بن عمر عبدالعزيزعابدين الدمشقي(ت 1252هـ).

39-رد المحتارعلى الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (1415هـ- 1994م).

40-مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

& ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم(ت 970هـ).

41-البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، الطبعة الثانية.

& ابن الهمام: للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري(ت 681هـ).

42-شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1415هـ- 1995م).

& حيدر: على.

43-درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ-1991م).

& السرخسى: أبوبكر محمد بن أحمد بن أبى سهل(ت 490هـ).

44-المبسوط، دار المعرفة(1409هـ-1989م).

& السروجي: أبوالعباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبدالغني.

45-كتاب أدب القضاء، تحقيق صديق محمد ياسين، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى(1418هـ-1997م).

& السمرقندي: علاء الدين محمد بن أحمد(ت 539هـ).

46-تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية(1414هـ-1993م).

& الطرابلسي: علاء الدين أبو الحسن على بن خليل.

47-معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر.

& القدوري: أبوالحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر(ت 428هـ).

48-مختصرالقدوري تحقيق كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1418هـ- 1997م).

& الكاساني: علاء الدين أبوبكربن مسعود(ت 587هـ).

49-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة جديدة منقحة مصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات في بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1417هـ- 1996م).

& المرغيناني: برهان الدين أبو الحسين على بن أبي بكر بن عبد الجليل(ت593هـ).

50-الهداية شرح بداية المبتدي: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1410هـ- 1990م).

& الميداني: عبدالغني الغنيمي الدمشقي.

51-اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، طبعة(1413-1993).

& الباز: سليم رستم باز اللبناني.

52-شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة(1406هـ- 1986).

(ب)كتب المذهب المالكي:-

& ابن جزي: الإمام أبو عبدالله محمد بن أحمد بن محمد(ت 741هـ).

53-القوانين الفقهية دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية(1409هـ-1989م).

& ابن رشد: أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي(ت595هـ).
54-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1420هـ-1999م).
& ابن فرحون: أبوالوفاء إبراهيم بن شمس الدين بن فرحون اليعمري.
55-تبصرة الحكام في أصول الأقضيةومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1416هـ- 1995م).
& الآبي الأزهري:صالح عبدالسميع.
56-جواهر الإكليل: شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، تحقيق محمد بن عزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1418هـ-1997م).
& الحطاب: أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي(ت 954هـ).
57-مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثانية(1398هـ- 1978م).
& الخرشي: الإمام محمد بن عبدالله بن على(ت 1101هـ).
58-حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ على العدوي دار الفكر.
& الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة(ت1230هـ).
59-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1417هـ-1996م).
& القرافي: للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمدبن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجى(ت 684هـ).
60-كتاب الفروق: تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، الطبعة الأولى(1421هـ-2001م).
61-الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبدالفتاح

أبوغدة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية(1416هـ-1995م).

& الكشناوي: أبوبكر بن حسن.

62-أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ضبطه محمد عبدالسلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1416هـ- 1995م).

(ج)كتب المذهب الشافعي:-

& ابن أبي الدم: شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله(ت 642هـ).

63-كتاب أدب القضاء: تحقيق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1407هـ- 1987م).

& الأسيوطي: شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي.

64-جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق مسعد عبدالحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1417هـ-1996م).

& الرافعي: عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم الرافعي القزويني(ت623هـ).

65-العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: لإمام عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم الرافعي(ت623هـ)، تحقيق الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1417هـ- 1997م).

& الشافعي: أبو عبدالله محمد بن إدريس(ت 204هـ).

66-الأم، دار الفكر، الطبعة الثانية(1403هـ-1983م).

& الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب(ت 977هـ).

67-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ على محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة(1421هـ- 2000م).

& الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى(ت 476هـ).

68-المهذب في فقه الإمام الشافعي.

& الماوردي: أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى(ت450هـ).

69-الأحكام السلطانية، تعليق خالد عبداللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربى ،بيروت



الطبعة الثانية(1415هـ- 1994م).

& المطيعي: محمد نجيب.

70-المجموع شرح المهذب التكملة الثانية، مكتبة الإرشاد.

& النووي: أبو زكريا محي الدين بن شرف (ت676هـ).

71-المجموع شرح المهذب تحقيق محمد نجيب المطيعى مكتبة المطيعي، مكتبة الإرشاد بالسعودية.

72-روضة الطالبين: تحقيق عادل أحمد عبدالموجود، وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1412هـ-1992م).

& قليوبي وعميرة: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة(ت 1069هـ)، شهاب الدين أحمد البرلسي(ت 957هـ).

73-حاشيتا: القليوبي، وعميرة، على كنـز الراغبين، للإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلي(ت 864هـ)، على منهاج الطالبين، للإمام النووي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1417هـ-1997).

& مصطفي الخن: مصطفي البغا، وعلى الشربجي.

74-الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم دمشق، الطبعة الثالثة(1419هـ-1998م).

(د)كتب المذهب الحنبلي:-

& ابن تيمية: تقي الدين أبو العباسى أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني(ت 728هـ).

75-مجموع الفتاوى، جمع عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، مكتبة ابن تيمية.

76-الاختيارات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1416هـ-1995م).

77-السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تحقيق على بن محمد المغربي، دار الإيمان.

& ابن ضويان: إبراهيم بن محمد بن سالم.



78-منار السبيل في شرح الدليل، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى (1421هـ-2000م).

& الفراء: أبو يعلى محمد بن الحسين(ت 458هـ).

79-الأحكام السلطانية: تعليق محمد حامد الفقى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة(1421هـ-2000م).

& ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد المقدسي(ت620هـ).

80-المغنى على مختصر الخرقى، هجر، الطبعة الثانية(1412هـ-1992م).

& ابن القيم: شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبى بكر بن أيوب الزرعي الدمشقى(ت 751هـ).

81-إعلام الموقعين عن رب العالمين، تعليق مشهورحسن آل سلمان، دار ابن الجوزي بالسعودية، الطبعة الأولى(1423هـ- 2002م).

82-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق سيد عمران، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى(423هـ- 2002م).

83-زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق محمد بيومى، عمر الفرماوي، عبدالله المنشاوي، مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الأولى(1420هـ-1999م).

& ابن هبيرة: عون الدين ابى المظفر يحيى بن محمد(ت 560هـ).

84-الإفصاح: عن معانى الصحاح، المؤسسة السعيدية، بالرياض.

& البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس(ت 1051هـ).

85-شرح منتهى الإدارات، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى(1414هـ-1993م).

86-كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي، تحقيق الشيخ محمد عدنان ياسين درويش، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1420هـ-1999م).

87-الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع، دار الكتب العلمية، الطبعة السابعة.

& المرداوي: أبوالحسن على بن سليمان(ت 885هـ).

88-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي الطبعة الثانية(1400هــ-1980م).

& المقدسي: بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم.

89-العُدة شرح العمدة، طبعة جديدة منقحة ومراجعة بمركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار مصطفي الباز بالسعودية، الطبعة الأولى(1417هــ- 1997م).

(هــ)كتب المذاهب الظاهري:-

& ابن حزم: أبو محمد على بن أحمد بن سعيد الظاهري(ت 456هــ).

90-المحلى: تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث.

رابعاً: كتب القضاء والإفتاء:-

& ابن خليفة: عليوي.

91-موسوعة فتاوى النبى ودلائلها الصحيحة من السنة الشريفة "المنتقى في بيان فتاوى المصطفى"، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1412هــ-1992م).

& ابن الصلاح: أبو عمرو عثمان الشهرزوري(ت 643هــ).

92-أدب الفتوى وشروط المفتي وصفة المستفتي وأحكامه وكيفية الفتوى والاستفتاء تحقيق رفعت فوزى عبد المطلب، مكتبة الخانجى بالقاهرة، الطبعة الأولى(1413هــ-1992م).

& ابن الملقن.

93-نزهة النظار في قضاء الأمصار، تحقيق مديحة محمد الشرقاوي، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، صنعة(1996م).

& أبو البصل: عبدالناصر موسى.

94-شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، نظام القضاء الشرعي، دار الثقافة، الطبعة الأولى(1991م).

95-نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، الطبعة الأولى(1420هــ-2000م).

& أبو سردانة: محمد حسين أبو سردانة.



96-القضاء الشرعي في عهد السلطة الوطنية الفلسطينية.
& أبو فارس: محمد عبدالقادر.
97-القضاء في الإسلام، دار الفرقان، الطبعة الثالثة(1412هـ- 1991م).
& أحمد سحنون.
98-رسالة القضاء لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب طبع بأمر من الحسين الثاني نصرالله، طبعة(1412هـ-1992م).
& الحفناوي: محمد إبراهيم.
99-تبصيرالنجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء، دار الحديث بالقاهرة، الطبعة الأولى(1415هـ-1995م).
& الخصاف: أبوبكر أحمد بن عمر.
100-شرح أدب القاضي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، وأبو بكر محمد الهاشمي، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1414هـ-1994م).
& الخطيب البغدادي: للحافظ أبوبكر أحمد بن على بن ثابت(ت 463هـ).
101-كتاب الفقيه والمتفقه تعليق إسماعيل الأنصاري، المكتبة العلمية.
& الأهدل: جمال الدين محمد بن عبدالرحمن بن حسن بن عبدالباري(ت1352هـ).
102-عمدة المفتي والمستفتي، دار المنهاج من مطبوعات دائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إدارة الإفتاء والبحوث – دبي.
& التكروري: عثمان.
103-الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى(1997م).
& الربيعة: عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن علي.
104-المفتي في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في هذا العصر دار المطبوعات الحديثة، الطبعة الأولى(1408هـ-1987م).
& الزيباري: عامر سعيد.



105-مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم، الطبعة الأولى(1416هـ-1995م).

& السمناني: أبوالقاسم على بن محمد بن أحمد الرحبي.

106-روضة القضاة، وطريق النجاة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية(1404هـ-1984م).

& الفضيلات: جبر محمود.

107-القضاء في الإسلام، وآداب القاضي، دار عمار، الطبعة الأولى(1412هـ- 1991م).

& القاسمي: مجاهد الإسلام.

108-النظام القضائي الإسلامي، تهذيب محمد فهيم النووي، ترجمه من الهندية إلى العربية نور الحق الرحماني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1422هـ-2001م).

& القنوجي: صديق حسن خان.

109-ذخر المحتي من آداب المفتي، تحقيق أبو عبدالرحمن الباتني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى(1421هـ-2000م).

110-ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي، تحقيق أبو عبدالرحمن الباتني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى(1422هـ-2001م).

& الكفرداني: محمد اسعيد محمد صلاح.

111-الإفتاء في فلسطين في ظل السلطة الوطنية الفلسطينية خلال عشرة أعوام(1994م-2004م)، الطبعة الأولى(2004م).

& الكيلاني: فاروق.

112-استقلال القضاء، دار المؤلف، الطبعة الثانية(1999م).

& النباهي: ابن الحسن على بن عبدالله بن محمد الأندلسى(ت 792هـ).

113-تاريخ قضاء الاندلس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1415هـ-1995م).

& جمال الدين القاسمي.

114-الفتوى في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1406هـ-1986م).

& زيدان: عبد الكريم.
115-نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة(1419هـــ-1998م).
& 116- سجلات دور الفتوى والبحوث الإسلامية في قطاع غزة.
& 117 - سجلات محاكم قطاع غزة الشرعية.
& 118- سيسالم وآخرون: مازن سيسالم، وإسحق مهنا، وسليمان الدحدوح.
119- مجموعة القوانين الفلسطينية. الجزء العاشر(1)، الأحوال الشخصية للمسلمين والمسيحيين والأجانب، الطبعة الثانية(1996م).
& طنطاوي: محمد سيد شيخ الأزهر.
120-الاجتهاد في الأحكام الشرعية، دار النهضة مصر، طبعة(1997م).
& محمد الأشقر: محمد سليمان الأشقر.
121-الفتيا ومناهج الإفتاء، دار النفائس، الطبعة الثالثة(1413هـــ-1993م).
& محمد الزحيلي: محمد مصطفي الزحيلي.
122-أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب، دمشق، طبعة(1409هـــ-1989م).
123-تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى(1415هـــ-1995م).
& محمد فارس: محمد ناجى بن فؤاد.
124-تعاميم قاضي القضاة ونائبه في عشر سنوات من(1994م وحتى 2004م)، طبعة(1425هـــ-2004م).
& ياسين: محمد نعيم.
125-نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الطبعة الأولى(1419هـــ-1999م).

خامساً: كتب الأصول:

& ابن عثيمين: محمد بن صالح العثيمين(ت 1421هـــ).



126-شرح نظم الورقات في أصول الفقه، مكتبة السنة، الطبعة الأولى(1423هـ-2003م).

& ابن قدامة: موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة(ت 620هـ).

127-روضة الناظر وجُنَّةُ المُنَاظر في أصول الفقه، تحقيق عبدالكريم بن على بن محمد النملة، مكتبة الراشد، الرياض، الطبعة الثانية(1414هـ-1993م).

& ابن الفركاح: تاج الدين عبدالرحمن بن إبراهيم بن سباع الفزاري.

128-شرح الورقات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1424هـ-2003م).

& الآمدي: سيف الدين أبى الحسن على بن أبى على بن محمد.

129-الإحكام في أصول الأحكام، ضبطه الشيخ إبراهيم العجوز، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

& الإسنوي: جمال الدين عبدالرحيم بن الحسن(ت772هـ).

130-نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي ناصر الدين البيضاوي(ت685هـ)، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، دار ابن حزم، الطبعة الأولى(1420هـ-1999م).

& الأصبهاني: أبو الثناء شمس الدين محمود بن عبدالرحمن (ت749هـ).

131-بيان المختصر، وهو شرح مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه، تحقيق على جمعة محمد، دار السلام، الطبعة الأولى(1424هـ-2004م).

& البزدوي: علاء الدين عبدالعزيزبن أحمدالبخارى(ت730هـ).

132-كشف الأسرارعن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى(1418هـ-1997م).

& الإسمندي: محمد بن عبدالحميد(ت552هـ).

133-بذل النظر في الأصول، تحقيق محمد زكي عبدالبر، الطبعة الأولى(1412هـ-1992م)، مكتبة دار التراث.

& الجيزاني: محمد بن حسين بن حسن.

134-معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزى، الطبعة الثالثة(1422هـ).

& الدركاني: نجم الدين
135-التلقيح شرح التنقيح للإمام صدر الشريعة(ت 747هـ). دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان الطبعة الأولى(1421هـ-2001م).
& الخضري: الشيخ محمد.
136-أصول الفقه، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، الطبعة السابعة(1405هـ-1985م).
& الزركشي: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله(ت794هـ).
137-البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى(1421هـ-2000م).
& الرازي: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين(ت 606هـ).
138-المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة(1518هـ-1997م).
& الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمى(ت 790هـ).
139-الموافقات: تعليق مشهور سلمان، دار ابن القيم، الطبعة الأولى(1424هـ-2003م).
140-الاعتصام: مطبعة الحلبي، الطبعة الأولى(1414هـ-1994م).
& الشوكاني: محمد بن على(ت 1250هـ).
141-إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1419هـ-1999م).
& الغزالي: أبو ماجد محمد بن محمد الغزالي(ت 505هـ).
142-المستصفى من علم الأصول تحقيق حمزة بن زهير، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.
& الغرناطي: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي(ت 741هـ).
143-تقريب الوصول إلى علم الأصول، مكتبة ابن تيمية(1414هـ).
& القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن.

144-نفائس الأصول في شرح المحصول تحقيق محمد عبدالقادر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1321هــ-2000م).

& اللكنوي:للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد الهالوي الأنصارى(ت1225هــ).

& 145-فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى(1423هــ-2002م).

& خلاف: عبد الوهاب.

146-علم أصول الفقه، دار الحديث القاهرة، طبعة(1423هــ-2003م).

& عبدالكريم النملة: عبدالكريم بن على بن محمد.

147-إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار العاصمة بالسعودية، الطبعة الأولى(1417هــ-1996م).

& الصالح: محمد أديب.

148-تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة(1413هــ-1993م).

& محمود العدوي وآخرون: محمود شوكت العدوي، والحسيني يوسف الشيخ، وعبد الجليل القرفشاوى، محمد فرج سليم، فرج السيد فرج.

149-الموجز في أصول الفقه، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى(1382هــ-1963م).

& وهبة الزحيلي.

150-أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، الطبعة الثانية(1424هــ-2004م).

سادساً: كتب اللغة:-

& ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا(ت 395هــ).

151-معجم مقايـــيس اللغة: تحقيق عبدالسلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت.

& ابن منظور: محمد بن مكرم المصري(ت 711هــ).

152-لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الثالثة(1413هــ-1993م).

& إبراهيم أنيس وآخرون: عبدالحليم منتصر، وعطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد.
153-المعجم الوسيط، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية(393هـ-1973م).
& الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد.
154-الصحاح: المسمى تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، الطبعة الأولى(1418هـ-1998م).
& الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر(ت 666هـ).
155-مختار الصحاح، دار الحديث القاهرة.
& الفيروز أبادي: محمد بن يعقوب(ت 817هـ).
156-القاموس المحيط: المؤسسة العربية، دار الجيل.
& الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني(ت 1094هـ).
157-الكليات، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية(1419هـ-1998م).
& قلعه جى: محمد رواس قلعه جى، حامد صادق قنيبي.
158-معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية(1408هـ-1988).

سابعاً: كتب التراجم:-

& ابن الأثير: عز الدين ابن الأثير أبو الحسن على بن محمد الجوزي(ت630هـ).
159-أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق على محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى(1415هـ-1994م).
& أبو الطيب:مولود السريري السوسي.
160-معجم الأصوليين: دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى(1423هـ-2002م).
& الخطيب البغدادي: أبوبكر أحمد بن على (ت 463هـ).
161-تاريخ بغداد أو مدينة السلام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
& الزركلي: خير الدين.
162-الأعلام: دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة (1980م).



& الذهبي: محمد بن أحمد بن عثمان(ت748هـ).
163-سير أعلام النبلاء: مؤسسة الرسالة، الطبعة(1413هـ-1993م).
& الشهرستاني: أبو الفتح محمد بن عبدالكريم بن أحمد(ت 548هـ).
164-الملل والنحل، دار مكتبة المتنبي، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية(1992م).

ثامناً: كتب عامة:-

& ابن المنذر: أبوبكر محمد بن إبراهيم النيسابوري(ت 318هـ).
165-الإجماع: يتضمن المسائل الفقهية المتفق عليها عند أكثر علماء المسلمين، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، من مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة مصر، الطبعة الثالثة(1411هـ-1991م).
& الأشقر: عمر سليمان.
166-تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس، الطبعة الثالثة(1412هـ-1991م).
& الزرقا: مصطفي أحمد.
167-المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى(1418هـ-1998م).
& السويركي: شحاده سعيد .
168-حركة التقنين الوضعي والتنظيم القضائي في الدولة العثمانية منذ عهد السلطان سليمان القانوني حتي نهاية الدولة العثمانية. رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية(1411هـ-1990م).
& الشوكاني: محمد بن على بن محمد(ت 1250هـ).
169-السيل الجرارالمتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
& الصابوني: محمد على.
170-المواريث في الشريعة الإسلامية فى ضوء الكتاب والسنة، دار الصابوني، الطبعة الخامسة(1407هـ-1987م).
& بكر أبو زيد: بكر بن عبدالله.
171-فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى(1422هـ-2001م).

& زيدان: عبد الكريم.

172-أصول الدعوة، مؤسسة الرسالة، الطبعة التاسعة(1421هـ-2001م).

& عليوي : محمد ناصر.

173-الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، دار الثقافة، الطبعة الأولى(2002م).

& عبد الحميد: محمد محي الدين.

174-أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، المكتبة العصرية، طبعة(1416هـ-1996م).

& وهبة الزحيلي.

175-الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق –سورية، الطبعة الرابعة(1418هـ-1997م).

176-نظرية الضمان، دار الفكر،دمشق،طبعة(1402هـ).

177-جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى(1408هـ-1987م).

تاسعاً: الصحف والمجلات: -

& الوقائع الفلسطينية.

178-جريدة رسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل(1424هـ2003م).

& مديرية الإعلام والعلاقات العامة والبحوث.

179-نشرة تعريفية بدار الفتوى والبحوث الإسلامية(1426هـ-2005م).

& الإنترنت.

180-شبكة القمم الإسلامية.

فهرس الموضوعات

ملخص الرسالة

إن هذه الرسالة تتناول اجتهاد القاضي وفتواه، ومدى تطبيق ذلك فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة فى ثلاثة فصول.

وقد انقسم الفصل الأول إلى ثلاثة مباحث :-

عالج المبحث الأول : معنى القضاء لغة واصطلاحاً، ثم بين مشروعيته وحكم توليه، ثم شروط القاضي وصلاحياته.

وقد عالج المبحث الثاني : معنى الاجتهاد، وحكمه، وشروط المجتهد، ومراتبه، وتجزؤ الاجتهاد.

ثم تحدث المبحث الثالث: عن معنى الفتوى لغة واصطلاحاً، ثم حكم الإفتاء، وشروط المفتي، ومراتبه.

ثم انقسم الفصل الثاني إلى أربعة مباحث :-

عالج المبحث الأول : حكم اجتهاد القاضي، وضمانه.

ثم عالج المبحث الثاني : نقض اجتهاد القاضي المخالف للآصول، وقد ظهر اتفاق العلماء على نقض حكم القاضي المخالف للآصول، وتناول كذلك نقض اجتهاد القاضي باجتهاد آخر.

ثم عالج المبحث الثالث : تقيـــيد القاضي بمذهب معين، وقد ظهر لي عدم جواز ذلك، وعالج أيضاً أثر تقنين الأحكام الشرعية على القاضي، وبدا لى جواز التقنـــين.

ثم عالج المبحث الرابع : مدى تطبيق الاجتهاد فى المحاكم الشرعية فى قطاع غزة؛ من حيث اجتهاد القاضي فى النص القانونى، وأنه لا مساغ لذلك، وعالج أيضاً التعاميم والقرارات الواردة، وإلزامية العمل بها .

ثم وقع الفصل الثالث والآخير فى ثلاثة مباحث :-

عالج المبحث الأول : أوجه الوفاق والافتراق بين القضاء والإفتاء .



وعالج المبحث الثاني: فتوى القاضي، وأمثلة على تصرفات القاضي التي ليست بأحكام، ولكنها تعامل معاملة الفتوى.

ثم عالج المبحث الثالث: مدى تطبيق الإفتاء في المحاكم الشرعية في قطاع غزة؛ من حيث استفتاء القاضي غيره عند الحاجة، وأخيراً رأيت أن اكتب نبذة عن الإفتاء المعاصر في قطاع غزة؛ لما في ذلك من تخفيف العبئ عن القاضي.

* The third section tackled:-

Restricting the judge with a certain doctrine. It seemed to me that it is not acceptable. And it also tackled the effect of regulizing the legal laws on the judge and it seems to me that regulization is acceptable.

* The fourth section tackled:-

How the diligence has been applied in our legislative courts in Gaza Strip, according to the judge's diligence in the legal text and its invalidity.

It also, tackled generalizations and decisions, and the commitment of its validity.

The third chapter is divided into three sections:-

* The first section tackled:-

The similarities and differences between judgement and Fatwa.

* The second section tackled:-

The judge's Fatwa and examples of the judge's conducts which are not sentences but they are dealt with as Fatwa.

* The third section tackled:-

Applying the Fatwa in the legislative courts in Gaza Strip where the judge consults his colleagues if necessary.

At last, I liked to write an outline about the modern Iftaa in Gaza Strip so as to reduce the judge's burden

Abstract

This study deals with the judge's diligence and his Fatwa. And how that has been applied in our legislative courts in Gaza Strip. The study has been divided into three chapters.

The first chapter is divided into three sections:-

* The first section tackled:-

The meaning of judgement idiomatically and meaningfully then it revealed its legitimacy and its application. After that it deals with the judge's conditions and his possibilities.

* The second section tackled:-

The meaning of diligence, its law, the conditions of the diligent and his ranks, and the subdivision of diligence.

* The third section tackled:-

The meaning of Fatwa lingually and idiomatically then the law of Iftaa and the conditions of Mufti, his ranks and behaviours.

The second chapter has been divided into four sections:-

* The first section tackled:-

The diligence of the judge and its guarantee.

* The second section tackled:-

The lack of judge's diligence contrasting the origin.

The scholars agreed about reversing the judge's sentence which contradicts the origins, and also it dealt with reversing the judge's diligence with another.